# Juristische
# Abhandlungen

von

Nicolaus Thaddäus Gönner,

d. R. D. hochfürstl. bamberg. würkl. Hof- und Staats-
conferenzrathe, zweyten Hofkammerconsulenten, des deut-
schen Staatsrechts ordentl. und öffentl. Lehrer, der Juri-
stenfacultät Senior, des göttingischen histor.
Instituts Mitglied.

Zweyter Theil.

Bamberg
im Verlag bey Vincenz Dederich.
1799.

# Vorrede.

Diese Abhandlungen können als ein für sich bestehendes Werk angesehen werden, da sie alle den gemeinen Prozeß betreffen, und nach den beliebten Danzischen Grundsätzen des Prozesses, worüber ich schon mehrere Jahre vorlese,

geord-

geordnet sind. Für Leser, welche sich den ersten Theil meiner Abhandlungen nicht anschaffen wollen, sorgte ich durch einen besondern Titelbogen. Daß dieser zweyte Theil so spät erscheint, davon liegt der Grund in meinen vielen und wichtigen Berufsgeschäften, deren einige öffentlich bekannt sind. Eben sie enthalten die Ursache, daß diese Abhandlungen ohne litterarischen Prunk in einem kürzern Gewande erscheinen; die darauf verwandte Zeit mußte ich meinen Berufsarbeiten gleichsam entfremden, und da konnte ich nicht immer mit gleicher Weitläufigkeit jenes anführen,

was die Werke anderer Rechtslehrer darüber enthalten; sondern ich mußte zufrieden seyn, wenn nur dasjenige, was ich über jede Materie dachte, kurz zusammengestellt war. Daß ich indessen die Schriften anderer gelesen habe, werden meine Leser, die mich aus meinen übrigen Schriften kennen, mir zutrauen. Ueberhaupt war das Allegiren etwas entbehrlicher, da Hr. Regierungsrath Danz, zu dessen vortreflichem Lehrbuche ich diese Abhandlungen schrieb, auf die neuere Litteratur schon eine ausserordentliche Mühe verwendet hat. Die Fortsetzung der Erörterungen aus dem

gemeinen Prozesse, als der dritte Theil der Abhandlungen, erscheint zuverlässig zur künftigen Herbstmesse. Bamberg den 31. Dezember 1798.

---

# Inhalt.

# Inhalt.

Seite

I. In wie weit ist die Selbsthülfe zur Erhaltung der Landeshoheit erlaubt? 1

II. Der Satz, Reichsgesetze sind eine Quelle des gemeinen Prozesses, muß mit Vorsicht angewendet werden. 4

III. Auch ein ganzes Collegium kann recusirt werden. 12

IV. Kann der Oberrichter, wenn ein Unterrichter perhorrescirt wird, die Sache selbst entscheiden? 15

V. Nicht nur allein gegen verabsäumte Termine durch Verschulden des Anwalts können die Partheyen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verlangen, sondern gleiches Recht kömmt ihnen bey andern Handlungen der Anwälte zu, welche den Partheyen ohne ihr Verschulden einen Schaden zufügen. 19

VI.

Seite

VI. Mit der Anwendung des kammergerichtlichen Rathschlusses über die Restitution der Partheyen gegen die Nachläsigkeit ihrer Anwälte sollte man eine besondere Strafe gegen den nachläsigen Anwalt verbinden. 22

VII. Von dem Verhältniß der Vorbereitungs- Präjudicial- und Incidentsachen unter sich. 25

VIII. Bestimmung der Rechtsgrundsätze, welche über die Wahl der Prozeßart statt finden. 30

IX. Widersprüche in Klagschreiben sind nicht ganz unerlaubt. 33

X. Ueber die Art, mehrere cumulirte Klagen in dem Klagschreiben vorzutragen. 35

XI. Von dem Beweise der geschehenen Uebergabe einer Judicialschrift. 38

XII. Von dem vermutheten Auftrag des Mannes in Streitigkeiten seines Eheweibs. 41

XIII. Ueber die Rechtswohlthat der Vorausklagung und Theilung bey Vollmachten der Gemeinden. 44

XIV. Von der Natur der Einreden, besonders der verneinenden im Gegensatz der Kriegsbefestigung. 46

## Inhalt.

Seite

XV. Wie verhalten sich die privilegirten Einreden zu den liquiden Einreden? 52

XVI. Anmerkungen über den Satz des römischen Rechts: actor replicando fit reus, und über dessen heutigen Gebrauch. 55

XVII. Zwey Arten, Urtheile zu verkünden. 62

XVIII. Ueber die Bestimmung des Beweissatzes bey dem ersten Urtheil in der Sache. 65

XIX. Kann die Eydeszuschiebung subsidiarisch mit andern Beweismitteln verbunden werden? 69

XX. Kann die Eydeszuschiebung zu den liquiden Beweismitteln gezählt werden? 72

XXI. Von den Folgen des Ungehorsams der Partheyen in dem zur Vollführung des Beweises angesetzten Termin. 77

XXII. Wenn die Kunstverständigen verschiedener Meynung sind, so muß der Richter nach der Stimmenmehrheit entscheiden. 87

XXIII. Von dem Beschluß der Sache. 98

XXIV. Die Nothfrist der einzulegenden Appellation kann weder ausdrücklich noch stillschweigend verlängert werden. 101

XXV.

Seite

XXV. Muß die Restitution gegen verabsäumte Nothsfristen der Appellation bey dem Oberrichter nachgesucht werden? 106

XXVI. Beweis, daß die Nichtigkeitsklage nur bey dem Oberrichter angebracht werden kann. 122

XXVII. Sollte es bey unheilbaren Nichtigkeitsklagen in allen Fällen auf die Appellationssumme ankommen? 163

XXVIII. Vom anticipirten Beweise. 166

XXIX. Bey dem Beweise zur Gewissensvertretung kann jener, welcher den Eyd zugeschoben hat, Gegenbeweis führen. 199

XXX. Ueber die Eigenschaften der neuen Thatumstände und Beweise bey dem Rechtsmittel der Restitution gegen Urtheile. 178

XXXI. Das Rechtsmittel der Restitution gegen Urtheile hat die Devolutivwürkung nicht. 202

XXXII. Die im Mangel einer Appellationssumme von den Reichsgesetzen eingeführte Revision ist das Surrogat der Appellation an die Reichsgerichte. — Practische Folgen dieses Satzes, besonders in Beziehung auf die Zuläsigkeit neuer Thatsachen, und Beweise. 207

Seite

XXXIII. Ueber die Verbindung des Rechtsmittels der Restitution mit der Revision. 222

XXXIV. Wo muß bey der in die Stelle der reichsgerichtlichen Appellation eingeführten Revision gegen verabsäumte Nothfristen um Restitution gebethen werden? 227

XXXV. Ueber die Strafe des Ungehorsams bey Partheyen, welche sich nicht selbst vertreten können. Ein Beytrag zum 1. Th. der jurist. Abh. 232

XXXVI. Von den Würkungen der Antretung des Beweises durch Zeugen und der Production, besonders in Hinsicht auf die Zulässigkeit neuer Zeugen und Artikel. 237

XXXVII. Wie muß bey den Territorialgerichten die Appellationssumme jährlicher Renten berechnet werden, wenn Landesgesetze dieses nicht entscheiden? 245

XXXVIII. Was wird zur stillschweigenden Ertheilung einer Fristverlängerung erfodert? 248

XXXIX. Berichtigung des Begriffs von der Litisdenunciation. 251

XL. Von dem Subdelegirten kann nie an den Subdelegirenden appellirt werden. 254

XLI.

Seite

XLI. Anmerkungen über den Satz, daß im unbestimmten summarischen Prozesse Bescheinigungen an die Stelle des Beweises treten. 256

XLII. Rechtfertigung der Eintheilung des Concurses in den allgemeinen und besondern gegen die Einwürfe des Hrn. Prof. Dabelow. 264

XLIII. Dadurch, daß die Güter des Gemeinschuldners in verschiedenen Ländern liegen, wird ein Particularconcurs nicht gegründet. Erläutert durch ein Reichshofraths-conclusum vom 23. May 1789. 275

XLIV. Der richtige Begriff eines Depositums auf den Richter als Güterpfleger bey einem Concurse angewandt.

---

# I.

## In wie weit ist Selbsthülfe zur Erhaltung der Landeshoheit erlaubt?

(zu Danz. §. 4.)

### I.

Daß ein deutscher Landesherr die Macht habe, sich bey seinen landesherrlichen Rechten entweder aus eignen Kräften, oder mit Assistenz benachbarter Stände gegen seine Unterthanen zu schützen, und sie zum Gehorsam zu bringen, ist zu deutlich in der k. W. K. (*) verordnet, als daß ein langer Beweis fur diesen Satz nöthig wäre. Wenn ein Landesherr in den Gränzen der Reichsverfassung Steuer ausschreibt, wenn er Militairdienste, oder andere Territorialfrohnen fodert, so kann er widerspännstige Unterthanen ohne Einwürkung der Reichs- gerichte

(*) Art. 15. §. 8.

gerichte durch eigene Macht, oder unter Beystand benachbarter Stände zum Gehorsam bringen, und insoweit ist Selbsthülfe zur Erhaltung der Landeshoheit erlaubt.

II.

Allein man würde großes Unrecht begehen, wenn man die Regel ohne alle nähere Bestimmung in Anwendung brächte, und mit Recht fodert Danz (*), daß die Landeshoheit ausser Zweifel ist. Diese Beschänkung faßt zwey Ausnahmen in sich, welche ich näher angeben werde.

III.

1.) In allen Exemtionsstreitigkeiten findet die Regel der Wahlkapitulation keinen Platz; nicht selten vermischt man auf Kosten der Wahrheit in diesem Fall Regel und Ausnahme; man denkt, bey solchen Streitigkeiten könnten von den Reichsgerichten keine Mandate, ohne vorher Bericht abgefodert zu haben, erkannt werden; man sieht in jenen, welche sich von der angemaßten Landeshoheit nicht wollen unterjochen lassen, nur widerspänstige Unter-

(*) §. 4. no. VI.

terthanen, und hält sich zur Selbsthülfe befugt, um die Landeshoheit über sie erst geltend zu machen. Allein der trokne Buchstab und der Geist dieser Stelle der k. W. K. lehren es, daß hier Selbsthülfe unerlaubt ist. Die Wahlkapitulation macht eine Ausnahme von der Regel, welche der westphälische Frieden (*) dahin festsetzte, daß die Selbsthülfe verbothen seyn sollte, sie erlaubt den Landesherrn, ihre landesherrlichen Rechte gegen ihre Unterthanen durch eigene Macht zu behaupten; sie setzt also die Eigenschaft als Unterthanen voraus, und kann auf einen Fall nicht ausgedehnt werden, bey welchem das Unterthansverband erst die Präjudicialfrage ausmacht. — Auch der Geist der W. K. stimmt mit dieser Meynung überein. Erhaltung der guten Ordnung in Deutschland fodert es, daß ein Landesherr gegen ungehorsame Unterthanen nicht erst an die Weitläufigkeiten eines Processes verwiesen werde, ihm muß erlaubt seyn, seine Landeshoheitsrechte selbst zu handhaben; aber eben diese gute Ordnung der Dinge fodert, daß Niemand streitige Rechte mit Gewalt geltend

mache,

(*) I. P. O. art. XVII. 4. §

mache, daß keiner aus seinem Besitze mit Gewalt verdrängt und mit Gewalt zum Unterthan umgeschaffen werde.

IV.

2. Dahin gehört auch aus den eben angeführten Gründen der Fall, wenn die landeshoheitlichen Rechte zwischen benachbarten deutschen Staaten streitig sind; bey solchen nachbarlichen Differenzien werden die streitenden Theile nach dem gemeinen Rechte beurtheilt, und Selbsthülfe ist nicht weiters, als nach den Grundsätzen des römischen Rechts zur Vertheidigung des Besitzes (*) erlaubt.



*) Danz §. 3. no. I.

## II.

### Der Satz, Reichsgesetze sind eine Quelle des gemeinen Processes, muß mit Vorsicht angewendet werden.

( zu Danz §. 9. )

### I.

Deutschlands Gesetze enthalten viele allgemeine Verordnungen über den Proceß, und das fruchtbarste unter allen ist der jüngste Reichsabschied (v. J. 1654.) Man darf nur an die Aufhebung des articulirten Verfahrens gedenken, welche dieser R. Absch. als ein absolut verbiethendes Gesetz in sich faßt, wodurch in dem Processe eine gänzliche Reform entstand, um von der Richtigkeit dieser Bemerkung überzeugt zu werden. Bey solchen allgemeinen Verordnungen ist es auch gar nicht zu bezweifeln, daß sie eine Quelle des gemeinen Processes sind, denn hier liegt diese Eigenschaft selbst in der Absicht der Reichsgesetzgebung.

II.

## II.

Allein Deutschlands Staatsverfassung ließ es keineswegs zu, daß diese Quelle so ergiebig wurde, als man es wünschen sollte. Die Gerichtsordnungen in jedem Lande hiengen von der landesherrlichen Bestimmung ab, und die Stände, welche sogar bey der Halsgerichtsordnung Carls V. ihre Territorialgesetzgebende Gewalt durch einen Vorbehalt sicherten, waren auf ihre Rechte viel zu eifersüchtig, als daß man von ihnen hätte erwarten können, sie würden dahin einwilligen, daß die Entwerfung einer allgemeinen Prozeßordnung für ganz Deutschland zur Sache des gesammten Reichs gemacht werde.

## III.

Hierdurch geschah es, daß man bey Abfassung der Reichsgesetze sich größtentheils nur auf eine Verbesserung der Reichsgerichte einschränkte, und durch eine besondere Clausel, wodurch die gesetzgebende Gewalt der Stände erhalten wurde, den Verordnungen eine Allgemeinheit und die Kraft eines gemeinen Rechts zu verschaffen suchte. Schon in

dem

dem Concepte der verbesserten Kammergerichtsordnung (*) und im Deputationsabschiede vom Jahre 1600 (**) findet man deutliche Spuren dieser Absicht, am deutlichsten aber ist sie im jüngsten Reichsabschiede (***) ausgedrückt.

## IV.

Bey diesen Maximen, nach welchen die Reichsgesetze in Hinsicht auf den Prozeß in Deutschland entstanden, ist es leicht begreiflich, daß wir den größten Theil der Verordnungen im Gewande eines Gesetzes, welches den Reichsgerichten und vorzüglich dem Kammergerichte vorgeschrieben wurde, antref-

---

(*) Th. II. Tit. 31. § 9.

(**) §. 15.

(***) §. 137. "Es sollen auch K. F. u. St. des Reichs „bey ihren Untergerichten die Verordnung thun, da„mit soviel möglich, bey denenselben die Norme des „kammergerichtlichen Prozesses observirt werde, jedoch „mit diesem ausdrücklichem Vorbehalt, daferne bey „solchen Judiciis ein anderer Modus eingeführt und „bis dahero hergebracht worden, daß es auch dabey „sein ohngeändertes Verbleiben haben, gleichwohl aber „was von Abschneidung der Productorum Weitläufigkeit „oben versehen, in Acht genommen werde.„

treffen, aus welchem wir vermittelst einer richtigen Abstraction allgemeine Wahrheiten herleiten, und in so weit diese Reichsgesetze als Quelle des gemeinen Prozesses betrachten können. Allein eben dies macht die Beobachtung besonderer Vorsichtsregeln zur Nothwendigkeit, damit man nicht aus diesen Reichsgesetzen durch Irrthum Sätze in den gemeinen Prozeß übertrage, welche blos auf die Reichsgerichte anwendbar sind. (*)

## V.

Wer würde den Satz aufstellen, daß alle Gerichte in Deutschland jene Verfassung haben müssen, welche der erste Theil der Kammergerichtsordnung diesem Gerichtshofe vorzeichnet? Wer könnte die Lehre von der Austrägalinstanz auf die Landstände in Territorien anwenden, oder die Uebergab der Schriften in der kammergerichtlichen Audienz, die Reproduction u. d. m. zum Grundsatz des gemeinen Prozesses in Deutschland annehmen? Folgende Vorsichtsregeln, die ich allenthalben sogleich mit den passenden Bey-

(*) Ein Beweis, daß zu einer gründlichen Kenntniß des gemeinen Prozesses das Studium des reichsgerichtlichen Prozesses unentbehrlich ist.

Beyspielen belege, werden hinreichen, um Jeden bey der Abstraction allgemeiner Sätze für den gemeinen Prozeß richtig zu leiten.

## VI.

A) Was blos als Verfassung der Reichsgerichte in den Reichsgesetzen verordnet wird, ist keine Quelle des gemeinen Prozesses. Daß die Beysitzer des Kammergerichts von den Reichsständen präsentirt werden, gibt den Landständen kein Recht, die Mitglieder des Apellationstribunals zu präsentiren, und die Eintheilung der Assessoren in Senate, der Bescheidtisch, die Audienz, alles dieses hat auf die deutschen Länder keinen Bezug, es ist nicht Quelle des gemeinen Prozesses. Der erste Theil der Kammergerichtsordnung kann daher wenig gebraucht werden.

## VII.

B) Was für den Prozeß verordnet ist, und sich blos auf die Eigenheiten der reichsgerichtlichen Verfassung beziehet, kann als Quelle des gemeinen Prozesses nicht angesehen werden. Die Eintheilung in Judicial- und Extrajudicialsachen, welche auf den kam-

kammergerichtlichen Prozeß so großen Einfluß hat, die Verhandlungen der Sache in der Audienz, die Reproduction, alles dieses, weil es blos in der sonderbaren Verfassung des Kammergerichts seinen Grund hat, kann auf den gemeinen Prozeß nicht angewendet werden. Ein sehr erläuterndes Beyspiel liefert uns die Lehre von den Terminen. Bey dem Reichskammergerichte ist bekanntlich schon der erste Termin bey Judicialsachen ein Präjudicialtermin; der Grund liegt in der besondern Verfassung des Kammergerichts, welches sich mit der Direction des Prozesses nicht abgiebt, sondern bey welchem die Gesetze durch Festsetzung der Termine den Prozeßgang ein für allemal reguliren, und einen jeden Prozeß sich selbst, oder vielmehr der vorgezeichneten geseзlichen Direction lediglich überlassen wollten. Diese Sätze würden auf den gemeinen Prozeß sehr unglücklich angewendet werden, welcher überall von der Idee ausgehet, daß der Richter jeden einzelnen Prozeß gehörig leite.

## VIII.

C) Alles, was in den Reichsgesetzen von Begründung der reichsgerichtlichen Jurisdiction, besonders um die Austrägalinstanz zu übergehen, verordnet

ordnet wurde, ist keine Quelle des gemeinen Prozesses. Bekannt ist die Verordnung der Reichsgesetze, daß bey einem gemeinen Spolium die Austräge nicht vorbeygegangen werden sollen, und wenigstens nach dem Buchstaben der Gesetze können in causis spolii simplicis keine Mandate von den Reichsgerichten mit Uebergehung der Austrägalinstanz erkannt werden; allein daraus darf man die Folge nicht ziehen, daß nach dem gemeinen Prozesse gegen ein Spolium, als eine nicht zu rechtfertigende Handlung, kein unbedingter Strafbefehl erkannt werden dürfe. Ebenso kann auf klare Briefe und Siegel nach dem gemeinen Prozesse executiv geklagt werden, obgleich die Reichsgesetze zur Uebergehung der Austrägalinstanz noch dieses fodern, daß die bekannten Executivclauseln der Urkunde einverleibt seyen.

## IX.

D) Was zunächst für die Reichsstände verordnet wurde, wobey man auf ihre Landeshoheit und reichsständische Würde besondere Rücksicht nahm, kann als eine Quelle des gemeinen Prozesses nicht angesehen werden. Daß in Klagsachen der Unterthanen gegen ihre Obrigkeiten von den Reichsgerichten nichts

erkannt werden darf, ohne vorher von den Obrigkeiten Bericht gefodert zu haben, beruhet blos in den beyden angeführten erhabenen Eigenschaften, und es begründet keine Foderung der Landstände, oder Patrimonialgerichtsherren, daß reichsständische Regierungen auf Klagen ihrer Eingesessenen ohne Schreiben um Bericht nichts gegen sie erkennen.

X.

E) Wenn bey den Reichsgerichten eine Prozeßgattung gar nicht üblich ist, so können die Reichsgesetze, welche sich auf eine andere Prozeßart beziehen, auf den gemeinen Prozeß nicht angewendet werden. Auf klare Brief und Siegel erkennen die Reichsgerichte nach Umständen mandata de solvendo vel dimittendo hypothecam, der Executivprozeß ist bey ihnen nicht üblich. Für diese ganz eigne Prozeßgattung sind die Reichsgesetze, welche sich auf die Reichsgerichtliche Verfahrungsart beziehen, keine gesetzliche Quelle.

III.

## III.

## Auch ein ganzes Collegium kann recusirt werden.

(Zu Danz §. 24.)

### I.

Ob ein formirtes Dicasterium recusirt werden könne, ist eine schon lang unter angesehenen Rechtslehrern (*) bestrittene Frage. In Gesetzen wird man über sie vergebens eine durchgreifende Bestimmung suchen, weil, wenn auch das canonische Recht (**) die Frage im allgemeinen zu bejahen scheint, immer noch die Fälle unbestimmt sind, in welchen eine Recusation eintritt. Nur allgemeine Grundsätze von Gesellschaften, von moralischen Personen können einen befriedigenden Aufschluß über diese Frage verschaffen.

II.

(*) Sündermahler D. de formato principis dicasterio non recusabili. In dessen Opusc. n. 1. Ern. Frid. Rühl D. de formato principis dicasterio recusabili. Giess. 1783. 4.

(**) Cap. 10. X. de foro competente.

## II.

Der Satz, daß Gesellschaften auch in andern Mitgliedern fortdauern, daß Verhältnisse der einzelnen Glieder, als solcher, nicht zu Verhältnissen der Gesellschaft gemacht werden können, beweißt, daß ein Collegium, als solches, nicht recusirt werden könne, wenn gleich der Verdacht den größten Theil seiner Mitglieder trifft. Wenn auch ein ganzes Collegium aus verwandten Personen besteht, ein Nepotismus, der gewöhnlich in sehr kleinen Staaten anzutreffen ist, wenn man auch das Unglück hat, mit einem der Herren Vettern oder Frauen Baasen in einen Rechtsstreit zu verfallen, so kann man zwar die einzelnen Mitglieder recusiren, aber die Recusation, weil sie das Collegium als moralische Person nicht trifft, wirkt nicht auf das Collegium, und dem Regenten steht die Gewalt zu, an die Stelle der recusirten Mitglieder andere zur Verhandlung und Entscheidung eines Prozesses zu ernennen.

## III.

Wenn aber der Grund des Verdachts ein Collegium, als solches, als moralische Person

trifft,

trifft, so findet auch Recusation desselben statt, weil moralische Personen mit den physischen Personen gleiche Rechte haben. Ich will auch für diesen Fall ein Beyspiel anführen. Ein Vormund brachte während der Minderjährigkeit seines Curanden verschiedene Posten in Ausgab, welche von der obervormundschaftlichen Stelle ohne alle Erinnerung begnehmigt wurden. Nach erlangter Großjährigkeit wollte der Curand den Vormund wegen diesen Posten belangen, allein die vorherige obervormundschaftliche Stelle war auch die ordentliche Instanz des Beklagten. — Nun ist es offenbar, daß auch gegen die Obervormundschaft ein Regreßklage statt findet, das Collegium, als solches, muß dafür haften, der Grund der Recusation trifft nicht einzelne Glieder, sondern die moralische Person selbst, hier war also die Recusation gegen ein Collegium offenbar gegründet.

---

## IV

### Kann der Oberrichter, wenn ein Unterrichter perhorrescirt wird, die Sache selbst entscheiden?

(Zu Danz §. 24.)

I.

Wenn ein Unterrichter perhorrescirt wird, so schreiben einige unter dem Schutze des kanonischen Rechtes (*) dem Oberrichter das Recht zu, die Untersuchung und Entscheidung der Sache nicht allein einem Commissarius zu übertragen, sondern solche selbst vorzunehmen.

II.

Nach dem kanonischen Rechte mag dies immer seyn, obgleich die Stellen desselben, worauf man sich beruft, sehr genau das Erkenntniß über die Perhorrescenz von dem Urtheil über die Hauptsache söndern, und nur dieses verordnen, daß über die Statthaftigkeit der Perhorrescenz der Ober-

(*) Cap. 10. X. de foro competente, Cap. 4. de off. Jud, deleg. in 6.

Oberrichter erkennen soll. Selbst wenn das kanonische Recht sich deutlich für diese Meynung erklärte, so würde man den Grund dieser Entscheidung sehr leicht darin finden, daß die Päbste ganz willkührlich die Entscheidung der Streitigkeiten an sich zogen.

III.

Auf keinen Fall aber kann aus dem kanonischen Rechte etwas für die vorliegende Frage entnommen werden. In der deutschen Staatsverfassung beruht die Verfassung der Gerichte und der Grundsatz, daß jeder ein Recht auf die ordentliche Zahl der Instanzen hat. Dieses Recht kann ihm dadurch nicht benommen werden, daß gegen die Person des Richters erster Instanz ein Verdacht obschwebt, sondern die Entfernung des verdächtigen Richters muß mit dem Rechte der ersten Instanz, welches jedem streitenden Theile zukömmt, in ein Gleichgewicht gebracht werden. Gestöhrt würde das Gleichgewicht, vereitelt das Recht der ersten Instanz, wenn der Oberrichter, bey welchem ein Richter perhorrescirt wird, die Macht hätte, die Entscheidung der Sache an sich zu ziehen; aber hergestellt wird es, wenn

der Oberrichter die Entscheidung der Sache einem Commissarius aufträgt, von dessen Aussprüchen an den Oberrichter appellirt, folglich hiebey die Zahl der Instanzen behalten wird.

## IV.

Dieser Meinnng ist auch die Kammergerichtsordnung *) gar nicht entgegen. Denn sie handelt nur von dem Falle, wenn die Justiz von der Obrigkeit verzögert wird, und dieser Fall ist von jenem der Recusation viel zu verschieden, als daß eine ausdehnende Erklärung gegen die in Deutschland so klar begründete Befugniß der ersten Instanz statt finden könnte.

V.

(*) Th. II. Tit. 1. §. 2.

## V.

## Nicht nur allein gegen verabsäumte Termine durch Verschulden des Anwalts können die Partheyen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verlangen, sondern gleiches Recht kömmt ihnen bey andern Handlungen der Anwälte zu, welche den Partheyen ohne ihr Verschulden einen Schaden zufügen.

(zu Danz. §. 43.)

### I.

Die weise Entscheidung des Reichskammergerichts, daß die Partheyen, wenn sie ohne ihr Verschulden blos durch Nachläsigkeit ihres Anwalts einen Schaden leiden, sogleich in integrum zu restituiren sind (*) redet zwar nur von dem Fall, wenn der Anwalt einen Termin zum Nachtheil seines Prinzipals versäumte. Allein wenn man tiefer in den Geist dieser Entscheidung eindringt, so scheinen die Gründe, auf welchen dieses Senatusconsultum beruhet, eine Extensivinterpretation zu fodern.



(*) In Reuß Beyträgen zur reichsgerichtl. Verfassung und Praxis. Band 3. S. 194.

## II.

Unsere heutigen Anwälte werden vom Staate nach vorhergegangener Prüfung ihrer Dienstfähigkeit öffentlich aufgestellt, und man fodert von den Partheyen, daß sie sich durch einen derselben vertretten lassen. Jede Parthey, welche einem solchen die Führnng eines Rechtsstreites überläßt, wirft sich ihm als einem Mann in die Arme, welchen der Staat durch seine Reception als ein mit Kenntnissen und Fleiß für dieses Amt hinreichend versehenes Subject öffentlich accreditirt. — Dies ist der Fall bey allen Partheyen, und bey denjenigen in einem erhöhten Grade, welche aus Mangel an Rechtskenntnissen sich blindlings seiner Leitung überlassen müssen.

## III.

Wenn nun ein solcher Mann aus Mangel an Kenntnissen, durch eine schiefe Leitung der Sache seiner Parthey Schaden zufügt, soll hier derselben durch Restitution weniger als bey verabsäumten Terminen geholfen werden? Ist der gehörige Vorrath von Kenntnissen nicht eine eben so wesentliche Eigenschaft des Advokaten, als der gebührende Grad des Fleises?

Muß

Muß nicht vielmehr der Staat bey den öffentlich aufgestellten Anwälten ihre Kenntnisse mehr als ihren Fleis garantiren, weil er sich von jenen durch eine genaue Prüfung mehr als von diesem überzeugen kann? Verliehrt endlich die Parthey nicht bey einer schiefen Leitung so viel und oft noch viel mehr, als bey einem versäumten Termine? — Gewiß muß also bey eintrettenden gleichen Gründen den Partheyen in einem, wie im andern Falle durch das Rechtsmittel der Restitution unter die Arme gegriffen werden. Es ist eine rechtmässige Ursache, wo nach der allgemeinen Clausel des Prätors (*), wenigstens nach der Usualinterpretation dieser Gesetzstellen, diese Rechtswohlthat statt findet.

## IV.

Sollte daher, um die Lehre in Beyspielen zu erläutern, der Anwalt für einen Minderjährigen eine nicht vortheilhafte Klage dem weit nützlichern Rechtsmittel vorgezogen haben, sollte ein für arme Partheyen ex officio aufgestellter Anwalt eine privilegirte Prozeßgattung, zu der ein Rechtsstreit qualifizirt war, nicht benützt, und sie zum bittersten Schaden seiner Parthey in den ordentlichen Prozeß eingeleitet

(*) L. 1. ex quib. caus. maior.

tet haben, so müssen die Partheyen, wenn sie es re integra d. h. vor dem Urtheil begehren, gegen diese übel gewählte Klage oder Prozeßart von kurzer Hand in integrum restituirt werden, weil es Schaden ist, den sie blos durch Verschulden ihres Anwalts leiden würden.

---

## VI.

### Mit der Anwendung des kammergerichtlichen Rathschlusses über die Restitution der Partheyen gegen die Nachläsigkeit ihrer Anwälte sollte man eine besondere Strafe gegen den nachläsigen Anwalt verbinden.

(Zu Danz §. 43.)

---

### I.

Man müßte alles Gefühl für Billigkeit verläugnen, wenn man die Bestimmung des kaiserlichen Reichskammergerichts tadeln wollte, nach welcher die Partheyen, wenn blos durch Verschulden ihres Anwalts etwas verabsäumt wurde, sogleich in den vorigen Stand wieder eingesetzt werden sollen,

ohne

ohne den Anwalt erst ausgeklagt zu haben. (*) Auch sind die Gründe dieser Entscheidung so überwiegend, daß sie in ganz Deutschland Eingang fand.

## II.

Allein auch die beßte Sache kann mißbraucht werden, und diese Restitution wird es im höchsten Grade. Kaum wird es einen Rechtshandel geben, bey dem nicht, wenn eine Frist verabsäumt wurde, die Nachlässigkeit auf den Anwalt geschoben und um Restitution gebethen wird; und es ist viel zu einleuchtend, wie nachtheilig dieses für den Ausgang der Prozesse ist, als daß nicht schon öfters die Nothwendigkeit wäre anerkannt worden, dem Mißbrauch dieser Verordnnng durch ein zweckmäßiges Mittel, eine Strafe gegen den Anwalt, zu steuern. Selbst eines der ältesten reichskammergerichtlichen Präjudizien, worin eine Parthey gegen das von ihrem Anwalt verabsäumte Fatale des Apellationseids im J. 1680 restituirt wurde, verurtheilt den nachläsigen Anwalt zu einer Geldstrafe von 4 Mark Silbers nebst den verursachten Unkosten. (**)



(*) M. s. die vorige Abh.

(**) Roding Pand. Cameral. Lib. III. tit. 60. §. 22 liefert das Urtheil vollständig.

## III.

So nothwendig es indessen ist, durch Strafen dem Mißbrauch vorzubeugen, so wenig kann ich Geldstrafen für ein zweckmäsiges Mittel anerkennen. Wenn die Parthey ihre Absicht erreicht, so versteht sie sich sehr gerne zur Bezahluug einer Geldstrafe von 10 oder 20 Rthlr., welche ihrem Anwalt angesetzt wird. Unter dem Namen eines andern Anwalts, wozu sich nach dem bekannten manus manum lavat, ein jeder gerne hergiebt, tritt der vorige Anwalt auf, bekennt sich zu einem nachläsigen Manne, seine Parthey zahlt ihm nebst der Strafe obendrein ein Douceur für das Opfer seiner Eigenliebe, und sie wird in integrum restituirt.

## IV.

Es gibt kein anderes zweckmäsiges Mittel, als jenes der Suspension nach dem Grad des Verschuldens von 6 Wochen bey minderwichtigen, auf ein Vierteljahr bey wichtigen Gegenständen, oder ein halbes Jahr auf den Fall wiederholter Nachläsigkeit. Hiebey sind Collusionen nicht zu besorgen, Suspension benimmt dem Advocaten an der öffentlichen Meynung

nung zuviel, und hat zu große Folgen, als daß ein Geschenk der Parthey ihm für das Bekenntniß seiner Nachläsigkeit und ihre Folgen ein Ersatz seyn könnte; kein Anwalt wird sich daher ohne Grund zu einer Nachläsigkeit bekennen, und jeder wird den Grad des Fleises genau beobachten, den das Amt eines Advokaten erfodert. Auch ungerecht ist diese Strafe nicht, wenn des Advocaten Pflicht ist, das Beste seiner Partheyen fleisig zu besorgen. Wenn er bey seiner Anstellung sich zur strengen Beobachtung dieser Pflicht eidlich verbindet, so begehet der Anwalt, der einer seiner Parthey nachtheiligen Saumsaal schuldig wird, ein Offizialvergehen, wofür er ganz gerechterweise mit der Suspension von seinem Amte bestraft wird.

---

## VII.

## Von dem Verhältniß der Vorbereitungs-Präjudicial- und Incidentsachen unter sich.

(Zu Danz §. 51—53.)

### I.

Wegen der nahen Verwandtschaft der Vorbereitungssachen (causae praeparatoriae) mit

den

den Präjudizialsachen (causae praejudiciales) und den Incidentsachen (causae incidentes) hat es einige Schwierigkeiten, die Verschiedenheiten zwischen ihnen genau zu bestimmen, ob es gleich ihre Wichtigkeit durchaus erfodert. Die erstern haben den Endzweck, die Einleitung und Erörterung einer Sache vorzubereiten, z. B. Provocationen. — Die zweyten verhalten sich zur Hauptsache so, daß von ihnen die Entscheidung abhängt, zum Beyspiel, die bekannten Präjudizialklagen de statu. — Die dritten stehen mit der Hauptsache in einer Verbindung und werden bey Gelegenheit derselben rege gemacht, z. B. Streitigkeiten über die Legitimationen, Cautionen, Termine u. d. m.

## II.

Die Vorbereitungssachen haben mit den Incidentsachen dieses gemein, daß 1) die Entscheidung der Sache von ihnen nicht abhängt, 2) daß sie deßhalb nur im summarischen Prozesse verhandelt werden; weßhalb 3) bey denselben gewöhnlich ein strenger Beweis nicht nothwendig ist, sondern gemeiniglich blose Bescheinigungen hinreichen. — Aber sie sind dennoch wesentlich, vorzüglich darin von einander unterschieden, daß die Vorbereitungssachen eher bey Gericht

ange-

angebracht werden, als die Hauptsache dort anhängig gemacht wurde, wogegen Incidentpunkte das gerade Gegentheil, einen bereits anhängigen Rechtsstreit, voraussetzen.

III.

Weit wichtiger sind noch die Verschiedenheiten, wodurch sich die Präjudizialsachen von den Vorbereitungs- und Incidentsachen auszeichnen. Denn wenn 1) die Wesenheit der beyden lezten darin besteht, daß von ihnen die Hauptsache und ihre Entscheidung nicht abhängt, so ist bey den Präjudizialsachen gerade das Gegentheil ihr Charakter. Sie machen einen Theil der Hauptsache selbst aus, und ihre Entscheidung faßt den Ausgang der Hauptsache bereits in sich. Wenn jemand, um in einem gesezlichen Beyspiele zu reden, sich als den Herrn eines Menschen rühmt, welcher kein Sklav, sondern frey zu seyn behauptet, daher in der Diffamation eine Beleidigung findet, welche er mit der Injurienklage verfolgen will, so ist die Frage von dem Grund der Klage sehr leicht entschieden, wenn die Vorfrage, ob der Kläger frey oder ein Skav sey, hergestellt ist (*); diese

(*) L. 10. C. de injur. L. 31. c. de liberali causa.

diese macht also einen Theil der Hauptsache selbst aus. Daher folgt, 2) daß Präjudizialsachen, in der nämlichen Prozeßart, wie die Hauptsache selbst verhandelt werden müssen; und 3) bey dem Beweise gerade nach den Grundsätzen zu bemessen sind, welche bey der Hauptsache selbst einschlagen.

## IV.

Hieraus kann man einen, für die Praxis, sehr folgenreichen Satz ziehen. Sobald ein Punkt die Hauptsache selbst ausmacht, sobald kann man ihn weder zu der Vorbereitungs- noch zu den Incidentsachen zählen. Nach diesem Grundsatz will ich einige Fälle prüfen, welche Danz zu einer oder der andern Klasse setzt, weil unverkennbar, besonders wegen dem Beweise, sehr viel daran liegt, diese Sachen richtig zu classifizireu. 1) Er rechnet (*) zu den Vorbereitungssachen, daß jeder Privatmann, wegen den Hoheitsrechten, die er besitzt, schuldig ist, den Rechtsgrund derselben anzugeben, wenn er vom Landesherrn deßhalb belangt wird. — Allein hier heißt edere titulum suae possessionis nicht nur allein an-

(*) §. 51. I. 2.

anzeigen, aus welchem Rechtsgrund man besitz; sondern man versteht unter diesen Ausdrücken einen Beweis über die Rechtmäsigkeit desselben, mit der Würkung, daß, wenn der Beweis nicht hergestellt wird, der beklagte Privatmann unterliegt. Dies ist also offenbar die Hauptsache selbst, und keineswegs eine Vorbereitungssache. 2) Zu den Incidentsachen zählt er (*), wenn während des Streits ein Theil eine Vergleichsanzeige macht, und der Gegentheil das Daseyn des Vergleichs läugnet, oder seine Gültigkeit anficht. — Daß ordentliche Verhandlungen und strenger Beweis hierüber nothwendig seyen, wird niemand bezweifeln. Der Vergleich selbst macht nunmehr die Hanptsache aus, und der Streit über ihn wird sehr unrichtig zu den Incidentpunkten gezählt, indem er vielmehr die Würkung hat, daß der Lauf des vorigen Prozesses durch ihn gehemmet wird.

VIII.

(*) §. 53. B. u. §. 152.

## VIII.

## Bestimmung der Rechtsgrundsätze, welche über die Wahl der Prozeßart statt finden.

(Zu Danz. §, 58. 59.)

### I.

Soviel auch von einer vorsichtigen und guten Auswahl der Prozeßart abhängt, so wenig sind die Grundsätze über die bey der Wahl der Prozeßart statt findenden Rechte zusammengestellt. Das Privilegium einer günstigern Prozeßart gehört bald zu den dinglichen Privilegien und manche Streitigkeiten können nicht einmal mit den Willen beyder Theile in einen andern Weg eingeleitet werden, wohin man den Concurs, Consistorial- und Wechselproceß rechnen kann; andere muß man zu den persönlichen Befugnissen und zwar entweder beyder Theile, oder nur eines von den streitenden Theilen rechnen; in allen diesen Fällen treten andere Rechtsgrundsätze ein, welche hier erörtert werden sollen.

II.

1) Wenn man auch eine günstigere Progreßart zu den Privilegien rechnen und den Satz annehmen will, daß jeder auf seine Rechte ausdrücklich oder stillschweigend Verzicht leisten könne, so muß dennoch dieser Satz nur unter der Einschränkung verstanden werden, daß die privilegirenden Gesetze einen Gegenstand der Disposition der Privatpersonen überlassen. Daher folgt, daß bey einem dinglichen Privilegium (privilegium causae) eine Renunciation nicht statt finde; kein Concurs kann auders, als nach den Grundsätzen des Concursprozesses, einer besondern Prozeßgattung, geendigt werden.

III.

2) Ist hingegen von einer besondern Prozeßart die Rede, welche nur zum Vortheil der Personen eingeführt ist, so kann durch Einwilligung des privilegirten Theils eine minder begünstigte Prozeßart statt finden. Auf klare Brief und Siegel kann ich im Executivprozesse mein Recht verfolgen, aber niemand wird mir die Befugniß absprechen, diese privilegirte Prozeßart zu verlassen, und im Wege des ordentlichen Prozesses zu klagen.

IV.

3) Nur muß jedesmal genau erwogen werden, zu wessen Gunsten eine besondere Prozeßart eingeführt wurde. Findet sie blos zum Besten des Klägers statt, so kann er allein darauf verzichten; hat nur der Beklagte ein Recht darauf, so ist dessen Einwilligung allein dazu hinreichend, hingegen wird die Einwilligung beyder Theile erfodert, wenn das Privilegium zum Vortheil beyder Partheyen eingeführt wurde.

V.

4) Indessen genügt auch schon eine stillschweigende Einwilligung, welche von dem Kläger vorzüglich durch eine Cumulation der Klagen geschieht, wo derselbe den Vortheil eines gemeinsamen Prozesses für die gehäuften Klagen, dem des privilegirten Prozesses einzelner Klagpunkte vorzieht; bey dem Beklagten geschieht es durch eine Einlassung auf die Klage, ohne daß er die Einrede der unrecht gewählten Prozeßart entgegen gesetzt hätte.

VI.

5.) Ad jura renunciata non datur regressus; der Kläger kann also die einmal gewählte

Pro-

Prozeßart nicht verlassen; denn der Beklagte hat auf die Prozeßgattung nun einmal ein volles Recht. Ein Kläger also, welcher im Wege des ordentlichen Prozesses geklagt hatte, kann die Antwort des Beklagten, worin der Klagegrund zugestanden und Einreden entgegengesetzt worden, keineswegs so verdrehen, daß er die Klage für liquid ausgibt, und begehrt, gegen den Beklagten nunmehr nach den Regeln des Executivprozesses vorzuschreiten sondern der Exceptionssatz muß auch hier ad replicandum mitgetheilt, und der Streit im Wege des ordentlichen Prozesses bis zum Ende verhandelt werden.

## IX.
## Widersprüche im Klagschreiben sind nicht ganz unerlaubt.

(Zu Danz §. 61.)

### I.

In den Menschen und Menschenwerken haßt man die Widersprüche. Auch Klagschreiben

werden öfters durch Widersprüche mangelhaft. Aber nicht alles ist Widerspruch, was bey dem ersten Anblick als solcher erscheint; man muß daher verschiedene Fälle söndern, wenn man richtig bestimmen will, in wie ferne Widersprüche in der Klagschrift erlaubt sind.

## II.

Richtig ist es, daß der Kläger in der Geschichtserzählung nicht mit sich selbst im Widerspruch seyn darf; eben so wenig darf zwischen der Geschichtserzählung, dem Klaggrund und dem Petitum ein Widerspruch herrschen.

## III.

Da aber die Rechte der beyden streitenden Theile gleich sind, da der Beklagte widersprechende Einreden häufen darf, zb. die exceptio non numeratæ pecuniæ mit der exc. Solutionis, weil er eventuell durch eine siegen will, wenn die andere ihre Dienste versagt, so ist auch bey dem Kläger eine Haüfung widersprechender Klagen um da weniger ein Mangel, als man heutzutag alles im Wege der Klage geltend machen kann, was bey den Röm-

ern im Wege der Einrede geschah. Man darf also bey einer Klage auf eine Erbschaft die Klagen aus dem Testamente und der Intestaterbfolge häufen; ein Minderjähriger, der ohne seinen Curator contrahirt, kann die Nichtigkeitsklage mit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand häufen, obgleich zwischen diesen Klagen ein Widerspruch zu herrschen scheint; denn diese widersprechenden Klagen sind nur subsidiarisch, in der Absicht gehäuft, daß man sein Klagerecht wenigstens aus dem zweyten Grunde herleitet, wenn es aus dem ersten nicht geschehen kann, somit die Erbschaft als Intestaterbe überkömmt, wenn man sie als Testamentserbe nicht erkämpfen kann.

## X.

## Ueber die Art, mehrere cumulirte Klagen in dem Klagschreiben vorzutragen

(Zu Danz §. 86)

### I.

Die wichtige Lehre von der Klaghäufung hat Hr. Danz mit genauer Bestimmung der Begriffe

und hiebey statt findenden Grundsätze behandelt. Nur vermißt man die Regeln über die Art, wie mehrere cumulirte Klagen vorzutragen sind, Regeln, welche besonders für den Prozeß wichtig sind. Ich will diese Lücke auszufüllen suchen.

## II.

A.) Betreffen die gehaüften Klagen verschiedene Objekte aus verschiedenen Geschäften, so fodert es die Deutlichkeit des Vortrags, daß man jeden Klagpunkt vom andern durch Zahlen oder Buchstaben söndert, über jedes Objekt eine vollendete Klage durch die Geschichtserzählung, den Klagegrund und das Petitum liefert, und nach vollendetem einem Klagobjekte auf die nämliche Weise zu einem andern Gegenstande übergeht. Hier sind es im Grund soviele Libelle, als gehäufte Klagen, welche blos mit Hinweglassung der Anrede und Schlußformeln in ein Klagschreiben vereinigt sind.

## III.

B.) Bey einer alternativen Klagenhäufung (*) hat man nur ein Factum, die verschiedenen Klagen sind

(*) Danz §. 84.

sind nur Resultat des Standpunkts, von welchem man die Sache betrachtet. Hier wird also nur eine Geschichtserzählung voraus geschickt, bey dem Klagegrund unterscheidet man die verschiedenen Standpunkte, aus welchen verschiedene Klagen fliessen, und schließt mit dem Petitum, daß der Richter nach einer oder der andere Klage für den Kläger erkenne.

IV.

C.) Auch bey einer successiven und kumulativen Klaghäufung (*) liegt nur ein Factum zum Grunde, nach der Geschichtserzählung darf man also nur bey dem Klagegrunde und dem Petitum jenes anführen, was der Natur beyder gehäuften Klagen angemessen ist.

V.

D.) Von den oben (§. II.) angegebenen Regel mache ich die Ausnahme, wenn man aus einem Geschäfte einerley Art, welches öfters wiederhohlt wurde, auf mehrere Summen gleicher Art auf einmal klagen will. Hier würde es sehr monotonisch seyn,

(*) Danz §. 85. 86.

seyn, wenn man jeden Klagepunkt als einen besonderen Libell in einer besondern Geschichtserzählung, Klagegrund und Bitte gesöndert behandeln wollte; hier ist gar keine Verwirrung zu besorgen, wenn man alle Geschäfte einer Art zusammfaßt, und nur bey der Geschichtserzählung die Zeitpunkte und Summen unterscheidet, in welchem ein Geschäft wiederhohlt wurde. Besonders bey Geldanlehen und Kramschulden tritt dieser Fall ein.

## XI.

## Von dem Beweise der geschehenen Uebergabe einer Judicialschrift.

(Zu Danz §. 89.)

### I.

Pflicht des Richters ist es, auf eine bey ihm übergebene Schrift den Tag und das Jahr, und bey Nothfristen die Stunde der geschehenen Uebergabe zu bemerken, d. h. sie zu präsentiren. Wenn nun der Richter dieses unterlassen hat, so unterscheidet Danz (*) ob das Präsentatum gar nicht auf

(*) §. 89

auf der Schrift bemerkt wurde, oder ob zwar Jahr und Tag, aber nicht die Stunde der geschehenen Uebergabe angezeigt ist. Im ersten Fall legt er dem Exhibenten der Schrift den Beweis auf, daß er sie zur rechten Zeit übergeben habe; im letzten Fall vermuthet er, daß die Uebergabe zur rechten Zeit geschehen sey, und fodert von jenem, der das Gegentheil behauptet, den Beweis.

II.

Würde man von dem Grundsatze ausgehen, daß jenem der Beweis obliegt, der ein Factum für sich anführt, so müßte in beyden Fällen der Exhibent den Beweis führen. Allein man hätte hier allgemeine Rechtswahrheiten auf einen Fall in Anwendung gebracht, bey welchem die Umstände ihre Anwendung verbiethen. Pflicht des Richters ist es, auf ein Exhibitum das Präsentatum zu schreiben. Jede Parthey muß volle Rechnung darauf machen, daß der Richter seine Pflicht erfülle, und nach dem gewöhnlichen Gange der menschlichen Handlungen ist eine jede Parthey im Vertrauen auf des Richters pflichtmäsiges Betragen für einen Beweis der Uebergabe gar nicht besorgt. Die Gesetze

setze würden also ein schreyendes Unrecht begehen, wenn sie für einen Gegenstand, welchen sie zur Pflicht des Richters machten, einen Beweis der Parthey auflegen, und eine Unterlassung des richterlichen Amtes an dem streitenden Theile bestrafen wollten.

III.

Man muß daher nicht nur, wie Danz behauptet, vermuthen, daß die Stunde eingehalten worden sey, wenn der Tag der Uebergabe, aber nicht die Stunde vom Richter bemerkt wurde; sondern man muß auch gegen Danz bey dem ersten Fall, wo der Richter gar kein Präsentatum aufschrieb, annehmen, daß das Exhibitum nach dem darin bemerkten Datum, oder wenn auch dieses nicht in der Schrift enthalten wäre, daß es zur rechten Zeit übergeben worden sey. Denn es bleibt immer Pflicht des Richters, ein Exhibitum zu präsentiren, und eine Unterlassung ist Verschulden des Richters, welches an der Parthey nicht gestraft werden kann; diese Pflicht ist im hohen Grade stärker, wenn das Exhibitum nicht zur rechten Zeit übergeben wurde; da man nun den geringern Grad einer Unterlassung

der

der Pflichten stäts vermuthen muß, die Unterlassung des Präsentiren aber ein gröberes Verschulden wäre, wenn entweder das Datum mit dem Tage der Uebergabe nicht übereinstimmte, oder die Schrift zu spät einkäme, so folgt, daß man auch in diesem Fall, daß die Uebergabe zur rechten Zeit geschehen sey, so lange vermuthen müsse, bis der andere das Gegentheil beweiset.

## XII.

## Von dem vermutheten Auftrag des Mannes in Streitigkeiten seines Eheweibs.

(Zu Danz §. 140.)

### I.

Bey dem wichtigen Unterschied zwischen einem wahren und vermutheten Auftrag hat die Frage allerdings Interesse, in welchen Fällen der Ehemann in Streitigkeiten übe die Güter seiner Gattin eine wahre oder vermuthete Vollmacht habe. Eben deshalb sind auch die Rechtsgelehrten hierüber sehr differenten Meinungen zugethan, indem einige nur

in

in Ansehung der Dotalgütter dem Manne ein vermuthetes Mandat zusprechen, und schon bey den Paraphernalien, noch mehr also bey Spillgeldern eine ausdrückliche Vollmacht erfodern. (*)

II.

Soviel die Dotalgüter anbetrifft, ist Puffendorfs Meynung offenbar unrichtig. Der Mann hat das bürgerliche Eigenthum des Heyrathsguts, die Frau nur das natürliche Eigenthum, welches, wie die römischen Gesetze fast auf jedem Blatte verordnen, während der Ehe ruhet (quiescit). Wegen Dotalgütern bedarf also der Mann gar keiner Vollmacht seiner Frau, er ist Eigenthümer, und als solcher, folglich in eigenem Namen, in allen Streitigkeiten zu handeln berechtigt, welche diese Dotalgüter betreffen.

III.

Wegen den Paraphernalien tritt der Mann nicht in eigenem Namen, nicht als bürgerlicher Eigenthümer, auf, sondern er handelt hier Namens seines

(*) Puffendorf Obferv. Jur. Vnir. tom 1. obf. 12. und andere

seines Eheweibs; der im vorhergehenden Paragraph angeführte Grund schlägt also offenbar nicht ein. Allein es liegt schon im Begriffe der Paraphernalien, daß die Frau ihrem Gatten den Genuß und die Administration derselben nebst dem Heyrathsgute überlassen habe; der Mann ist also der von seinem Weibe bestellte Administrator, und schon als solcher ohne eine besondere Vollmacht als wahrer Sachwalter bey Gericht aufzutretten befugt.

IV.

Spillgelder (bona receptitia) hingegen sind dem Genusse und der Administration des Eheweibs vorbehalten, der Mann kann daher weder als bürgerlicher Eigenthümer in eigenem Namen, wie bey Dotalgütern, noch als bestellter Administrator, wie bey Paraphernalien, auftretten, sondern er braucht hier eine Vollmacht. Hier ist nun das enge Band der Ehegatten der entscheidende Grund, dem Ehemann einen vermutheten Auftrag zuzusprechen, so wie das Band der Blutsverwandtschaft der Grund eines vermutheten Auftrags zwischen Ascendenten und Descendenten, Verwandten und Schwägern bis zum zweyten Grade der Civilcomputation ist.

## XIII.

## Ueber die Rechtswohlthat der Vorausklagung und Theilung bey Vollmachten der Gemeinden.

(zu Danz. §. 146.)

### I.

Die angesehensten Rechtsgelehrten erklären einen Verzicht auf die Rechtswohlthat der Vorausklagung und Theilung (ordinis seu excussionis et divisionis) bey Vollmachten der Gemeinden für unnütz. — Bey der letztern ist diese Bemerkung ganz richtig, denn Rechte und Verbindlichkeiten der Gemeinde als einer moralischen Person, haften nicht auf den einzelnen Gliedern, woraus die Gemeinde besteht (*), folglich sind bey einer Gemeindvollmacht nicht mehrere Personen vorhanden, deren jede an einer Verbindlichkeit einen Antheil hat, es fällt also die Voraussetzung hinweg, auf welche die Einrede der Theilung gebaut, und ohne welche sie nicht denkbar ist.

II.

(*) L. 7. §. 2. D. quod cuiusq. Vnivers. nomine.

II.

Allein eben deßhalb scheint ein Verzicht auf die erste Rechtswohlthat, jene der Vorausklagung (ordinis seu excussionis) nicht unter allen Umständen ganz unnütz zu seyn. Gar leicht läßt sich der Fall denken, daß eine Verbindlichkeit einer Gemeinde bey der Vollstreckung Hindernissen ausgesetzt ist, welchen die Verbindlichkeit Einzelner nicht unterliegt, und bey solchen Umständen ist es möglich und üblich, daß man nebst einer Verbindlichkeit der Gemeinde noch dies fodert, daß sich die einzelnen Gemeindglieder in solidum noch nebenbey verbinden. Beyde, die Gemeinde als moralische Person und die Gemeindglieder, stehen hier in dem Verhältnisse, daß die Gemeinde der Hauptschuldner ist, und die einzelnen Gemeindglieder eine accessorische Verbindlichkeit übernehmen. Die Gemeindglieder erscheinen also hier als Bürgen für die Gemeinde, sie würden sich in dieser Eigenschaft mit der allen Bürgen verliehenen Rechtswohlthat der Vorausklagung schützen können, folglich ist ein Verzicht auf diese Rechtswohlthat nicht ohne Nutzen.

---

## XIV.

### Von der Natur der Einreden, besonders der verneinenden, im Gegensatz der Kriegsbefestigung.

( zu Danz §. 155. )

### I.

Eine bloße Abläugnung des Klagerechts ist keine Einrede, sondern gehört zur Einlassung auf die Klage. Zu einer Einrede wird die Behauptung einer von der Geschichte der Klage verschiedenen Thathandlung erfodert. — Die Verschiedenheit zwischen einer Einrede und einer Kriegsbefestigung ist groß, da der Kläger, wenn der Beklagte die Klage abläugnet, den Beweis führen muß, welcher dem Beklagten in Hinsicht seiner Einreden aufliegt. Die größte Schwierigkeit findet man, wenn man den Unterschied zwischen verneinenden Einreden und der verneinenden Antwort auf die Klage aufsucht.

### II.

Wenn man mit Danz (*) den Begriff der verneinenden Einreden annimmt, daß durch sie eine

That-

(a) §. 155.

Thathandlung, auf welche sich der Klagegrund des Klägers mitgründet, oder von welchem doch sein Recht zu klagen abhängt, die aber in dem Klageschreiben nicht berührt ist, abgeläugnet wird, so wird man sich aus der Sache nicht herausfinden. — Wenn der Kläger aus einem bedingten Vertrage geklagt hat, und der Beklagte sagt im Exceptionssatz, die Bedingniß sey nicht in Erfüllung übergegangen (die sogenannte exc. nondum purificatae conditionis) warum soll dies bald eine Einrede, bald eine verneinende Einlassung seyn, je nachdem der Kläger den Beysatz: die Bedingung sey eingetretten, im Libelle macht oder nicht?

III.

Weit richtiger wird man die Gränzlinie zwischen negativen Einreden und der negativen Litiscontestation ziehen, wenn man davon ausgeht, ob der Umstand, worauf die Einrede gebaut wird, zum Klagegrund des Klägers wesentlich gehört oder nicht. Macht ein Umstand, woraus man die Einrede herleitet, einen wesentlichen Bestandtheil der Klage, so bleibt die dahin gehörige Bemerkung des Beklagten immer eine verneinende Antwort, der Kläger mag

den Umstand in der Klage angeführt haben, oder nicht, der Beklagte mag den Umstand in der Form einer Einrede oder einer negativen Kriegsbefestigung vorgetragen haben. Denn der Kläger hätte den Umstand, eben weil er zur Klage wesentlich gehört, und weil ohne ihn nicht geklagt werden kann, in seinem Klaglibell anführen sollen, und seine Klagschrift ist wegen dieser Lücke mangelhaft; wenn also der Beklagte diesen Mangel rügt, so ergänzt er eigentlich den mangelhaften Libell, und nach ausgebesserter Lücke läugnet er den zur Klage wesentlichen Umstand ab; er hat also keine Einrede vorgebracht, sondern auf die Klagschrift, wie sie seyn sollte, verneinend geantwortet.

## IV.

Die so geläufige Einrede des nicht erfüllten Contracts soll diese Behauptung aufklären. Wenn der Käufer aus einem Kaufcontracte gegen den Verkäufer auf Tradition der gekauften Sache klagt, so sollte er in dem Klagschreiben anführen, daß er den Kaufpreiß bezahlt, oder dem Verkäufer wenigstens angebothen habe, da er sonst zur Anstellung der Klage nicht berechtiget ist. Angenommen, der Käufer hat den Umstand in der Klagschrift mit Stillschweigen

über-

übergangen, und der Beklagte setzt ihm die sogenannte Einrede des nicht erfüllten Vertrags entgegen, was thut er wohl anders, als daß er das mangelhafte Klagschreiben ergänzt, und den mit Stillschweigen übergangenen wesentlichen Umstand in Abrede stellt? -- Wird doch nach dieser Darstellungsart die Lehre von einem qualificirten Geständnisse beurtheilt, wenn z. B. der Kläger aus einem Vertrage geklagt, und der Beklagte den Vertrag zwar eingestanden, aber, daß er nur unter einer Bedingniß abgeschlossen worden, behauptet hat; und wird doch diese Anführung einer im Klagschreiben nicht enthaltenen Thathandlung als eine negative Kriegsbefestigung, keineswegs aber als exc. pacti conditionati et non purificatae conditionis angesehen, um hiernach zu bestimmen, wem die Last des Beweises aufliege!

## V.

Gehört hingegen der Umstand, worauf die negative Einrede gebaut wird, nicht zur Wesenheit der Klage, so ist es auch juristisch eine Anführung eines besondern, von der Geschichte der Klage verschiedenen Umstands, also eine wahre Einrede. (§. I.) z. B. Man kann aus einer Schuldurkunde, wenn sie

auch noch keine zwey Jahre alt ist, klagen, und erst der würkliche Gebrauch der exc. non numeratae pecuniae benimmt der Urkunde die Beweiskraft (*). Wenn nun der Kläger aus einer Schuldurkunde klagt, so ist, wenn sie auch keine zwey Jahre alt ist kein wesentlicher Umstand der Klage ausgelassen; die Einrede des nicht gezahlten Geldes ist demnach keine Ergänzung des Libells, sondern eine wahre negative Einrede. Eben dies tritt bey der Einrede des Vorstands in Ansehung der Wiederklage und Kosten, des Ausklagens u. d. m. ein.

## VI.

Schon hinreichendes Interesse hätten diese Bemerkungen, sollte es auch nur einer richtigen Darstellung gelten, weil in wissenschaftlicher Hinsicht Wahrheit der Resultate nicht genügt, sondern auch Richtigkeit der Prämissen nothwendig ist; allein auch practische Folgen hängen von ihnen, besonders in Rücksicht auf die Last des Beweises ab. — Wenn der Klagegrund richtig ist, so muß der Beklagte seine Einreden beweisen, und zwar, weil auch negative Be-

(*) Meine jurist. Abh. Th. I. S.

Behauptungen erwiesen werden müssen (*), ohne Unterschied, ob seine Einrede affirmativ oder negativ ist; wenigstens darf der Grund, welcher den Beklagten von dem Beweise seiner verneinenden Einrede befreyen soll, nicht aus der Natur einer verneinenden Einrede entnommen, oder allen verneinenden Einreden diese Wirkung aus der Ursache beygelegt werden, weil, wie Danz (**) behauptet, sie eine Thathandlung in Zweifel ziehen, welche zu dem Klagegrund des Klägers gehört, die also auch er zu beweisen verbunden ist; denn gerade in diesem Falle sind sie eine verneinende Antwort auf die Klage, und eine ganz entgegengesetzte Eigenschaft wird erfodert, wenn sie als wahre Einreden im juristischen Sinne betrachtet werden sollen.



*) Danz §. 232.

(**) §. 155.

## XV.

### Wie verhalten sich die privilegirten Einreden zu den liquiden Einreden?

(Zu Danz §. 186. 87.)

I.

Unter den verschiedenen Eintheilungen der Einreden zeichnen sich bey dem gemeinen Prozesse die zwey Eintheilungen in privilegirte und nicht privilegirte — liquide und illiquide Schutzreden besonders aus. Beyde haben dies mit einander gemein, daß die Einreden auf eine ungewöhnliche Weise entgegengesetzt werden, aber sie unterscheiden sich doch wesentlich von einander, und wie nothwendig es sey, den richtigen Standpunkt für diesen Unterschied gefunden zu haben, wird uns selbst Herr Danz beweisen.

II.

Befreyte Einreden sind jene, welche durch ihren Nichtgebrauch bey der Einlassung nicht verlohren gehen, sondern auch noch nach der Kriegsbefestigung entgegengesetzt werden können. — Liquide hingegen

gen, welche zur Zeit, wo der Richter über sie erkennen soll, als gewiß und richtig anzunehmen sind. Bey den privilegirten Einreden nehme ich also Rücksicht auf ihre Zulåsigkeit nach der Kriegsbefestigung — bey den liquiden sehe ich blos auf ihre Suspensivkraft. — Beydes sind verschiedene Ansichten, die nicht mit einander verwechselt werden dürfen, und eine Einrede kann privilegirt seyn, ohne daß sie liquid ist, und umgekehrt gibt es liquide Einreden, die nicht privilegirt sind. — Wenn der Beklagte noch nach der Litiscontestation die Einrede der Zahlung entgegensetzt, so hat er eine privilegirte Einrede; will er sich derselben bey der Execution bedienen, um sie zu hemmen, so muß sie überdies auch liquid seyn, und ist sie dies nicht, so kann er sich zwar der Einrede noch bedienen, er hat sie nicht verlohren, aber die Suspensivkraft hat sie nicht, sondern er muß zahlen, und seine Einrede in separato verfolgen.

III.

Offenbar vermengt also Hr. Danz beyde Begriffe, wenn er (*) zu den Erfodernissen der privilegirten Einreden rechnet, daß es keine versäumten Einreden sind;

(*) §. 186.

sind; denn eben darinn besteht das Characteristische der privilegirten Einreden, daß auf sie die Verordnung des jüngsten Reichsabschieds (*) nicht anwendbar ist, und sie durch den Nichtgebrauch bey der Litiscontestation nicht verlohren werden. Dieses Erfoderniß steht also mit dem Begriffe privilegirter Einreden in einem offenbaren Widerspruche.

IV

Eben so wenig hält es die Critik aus, wenn zu den privilegirten Einreden jene gerechnet werden, welche die Execution betreffen. Der Begriff dieser Einreden beruht auf der Verordnung des jüngsten Reichsabschieds, daß alle peremtorische Einreden auf einmal bey Strafe des Verlusts derselben mit der Litiscontestation verbunden werden müssen. — Diese Verordnung faßt offenbar nur jene Einreden in sich, welche bey der Litiscontestation vorgetragen werden können, und sie kann auf Einreden, die nur bey der Execution denkbar sind, nicht ausgedehnt werden; es ist also unrichtig, wenn man diese Einreden an eine Regel reihet, zu welcher sie auf keine Weise gehören.

XVI.

(*) §. 57 u. 40.

# XVI.

## Anmerkungen über den Satz des römischen Rechts: actor replicando fit reus — und über dessen heutigen Gebrauch.

(Zu Danz §. 197.)

## I.

Der Haß gegen die römische Formularjurisprudenz wird nicht selten bis zum entgegengesetzten Fehler übertrieben. Pünktlichkeit in Geschäften hat noch nie den Schaden angerichtet, welcher aus einem willkürlichen Verfahren entspringt, und Formeln gehören einmal zum Nothrecht der menschlichen Gesellschaft. Sicherheit des Eigenthums und der Personen ist precär, wenn es den Richtern zukömmt, unter dem Vorwand einer eingebildeten Billigkeit sich über die Rechtsform hinwegzusetzen; denn die Formalitäten sind immer wegen dem Grunde, auf dem sie beruhen, nämlich der gesezlichen Disposition ehrwürdig, und die Gesetze selbst werden in der von ihnen befohlenen Form verletzt! — Manche der römischen Formeln sind sogar aus der Natur der Sache geschöpft, und man versündigt sich an

dieser,

dieser, wenn man jene im Mangel gründlicher Kenntnisse als einen alten Sauerteig verschreit. In die Reihe dieser Formalitäten gehören die Grundsätze der Römer über Re- und Duplik. — Erst will ich diese darstellen, sodann zeigen, in wiefern sie noch heutzutage brauchbar seyen.

II.

Auf die Klage folgte die Rechtfertigung des Beklagten, worin er entweder 1) die Umstände der Klage beantwortete, oder 2) aus neuen, zum Klagegrund nicht gehörigen Umständen, seine Vertheidigung hernahm; das erste hieß Litiscontestation, das letzte Einreden. In soweit der Beklagte bey der Antwort auf die Klage blos Vertheidigungsweise handelte, betrachtete ihn der Römer als Beklagten, und gestand ihm die Vortheile zu, welche mit dieser Eigenschaft verbunden sind; In soweit aber derselbe Einreden vortrug, stellte er Behauptungen auf; der Römer betrachtete ihn in soweit als den angreifenden Theil, und sagte von ihm: reus excipiendo fit actor. — Das Wort excipiendo ward in strengster Bedeutung des Worts genommen, und darf mit der Rechtfertigung des Beklagten (Exceptionsschrift im heutigen Sinne) nicht verwechselt werden.

III.

Nach dieser Idee wurden, je nachdem die Rollen im Verfolge der Verhandlungen unter den streitenden Theilen wechselten, die Verhältnisse bey der Re- und Duplik bemessen. — Wenn der Kläger auf die Rechtfertigung des Beklagten sich vernehmen ließ, so hat er entweder 1) sein Klagerecht gegen die Einwürfe des Beklagten, welche aus neuen Umständen nicht entnommen waren, gerechtfertigt, oder 2) die eigentlichen Einreden des Beklagten bestritten und zwar a) theils durch eine Antwort auf die Einreden, theils d) durch Anführung neuer, von dem Factum der Einreden, verschiedener Umstände, um durch sie die Einreden des Beklagten zu entkräften. Hiebey war er ad 1) als ein zum zweytenmal auftrettender Kläger, keineswegs als Beklagter anzusehen, der Satz actor replicando fit reus, fand keine Anwendung. Wenn z. B. der Beklagte den Einwurf machte, daß aus dem Factum der Klage kein Klagerecht entspringe, weil das medium concludendi nicht binde, so handelte der Kläger, welcher seine Klage gegen diesen Einwurf zu rechtfertigen suchte, noch immer als Kläger. — Aber ad 2) in soweit er

über

über die eigentlichen Einreden sich vernehmen ließ, trat er in die Stelle des Beklagten, da er sich gegen neue Behauptungen, gegen Angriffe vertheidigte, und so wie der Beklagte sich entweder auf die Klage einlassen oder Einreden vorbringen konnte (§. II.) so konnte nunmehr der Kläger den Krieg Rechtens auf die Einreden befestigen oder neue Einreden zu ihrer Entkräftung vorbringen. Dies letzte hieß Replik im eigentlichen Sinne, und man kann darunter nichts anders als eine neue Einrede des Klägers zur Entkräftung der vom Beklagten vorgebrachten Einrede verstehen.

## IV.

Ein Beyspiel wird die ganze Sache aufklären. Der Kläger klagte aus einem Kaufcontracte und foderte den Kaufpreis von 100 fl. — Der Beklagte 1) läugnete das Daseyn des Vertrags, und brachte 2) die Einrede der Compensation aus einem Anlehen vor. — Jenes war die Litisconteſtation, dieses die Exception im eigentlichen Sinne. — Nun kam der Kläger und suchte ad 1) seinen Klagegrund gegen das Angeben des Beklagten zu rechtfertigen; ad 2) läugnete er a) das Anlehen und b) schützte sich mit der Einrede, daß das angebliche Anlehen abgerechnet und schon

bezahlt

bezahlt sey. — In wie ferne ist wohl der Satz wahr, actor replicando fit reus? — Bey 1) handelt er als ein zum zweytenmale auftrettender Kläger. — Bey 2) vertheidigt er sich wider den Angriff der Einrede, er handelt also als Beklagter (§. II.), aber nur im allgemeinen; als Beklagter kann er in Hinsicht auf die Einreden gerade jenes, was dem Kläger in Hinsicht auf die Klage zusteht — nämlich sich gegen die Einreden vertheidigen, oder ihnen neue Umstände entgegenstellen, damit sie durch neue Einreden entkräftet werden, d. h. er kann gegen die Einreden litem contestiren oder excipiren. — Nun genießt nicht einmal der Beklagte in Rücksicht seiner Exceptionen den Vortheil des Beklagten (§. II.), also kann der Kläger in dem gegebenen Beyspiele nur ad a) sich als den Beklagten ansehen; aber ad b) wird er in Hinsicht seiner Replik im eigentlichen Sinne, gerade wie der Beklagte wegen den Einreden, als Kläger, als neu angreifender Theil angesehen.

## V.

Aus diesen Betrachtungen kann man einige wichtige Folgen ziehen. 1) Wenn man unter Replik die Einreden des Klägers versteht, womit er die Einreden des Beklagten zerstören will, so ist der Satz,

actor replicando fit reus, offenbar falsch. 2) Der Satz sagt nur soviel: bey der Vernehmlassung des Klägers auf die Einreden des Beklagten stehet ihm im Allgemeinen alles dasjenige zu, was der Beklagte in Hinsicht auf die Klage thun kann; aber 3) nur in so weit er den Krieg Rechtens auf die Einreden des Beklagten befestiget, ist er als Beklagter anzusehen; 4) keineswegs darf man daher zur Replik in eigentlicher Bedeutung fodern, daß die Schutzrede des Beklagten entweder dem strengen Rechte nach, oder in Rücksicht auf die dabey zum Grund liegenden Umstände wahr und gegründet sey (*); denn der Kläger kann wegen den Einreden des Beklagten alles dasjenige thun, was dem Beklagten wegen der Klage zukömmt (oben Nr. 2.); er kann also auch, wie der Beklagte, den Grund der Einrede verneinen, und damit eine dem Scheine nach widersprechende Einrede z. B. der Zahlung verbinden.

## VI.

Von dieser Eigenschaft eines Beklagten, wie sie unter den streitenden Theilen nach den Grundsätzen des römischen Rechtes wechselte, hieng die Bestimmung ab, wer beweisen müsse? — Denn wo der

Satz

(*) Danz. § 198. no. 3.

Satz einmal festgestellt war, actore non probante reus absolvitur, war die Subsumtion leicht, daß der Kläger zuerst den Grund seiner Klage, — wenn er richtig war, der Beklagte den Grund der Einrede, wenn auch dieser ausser Zweifel sich befand, der Kläger den Grund der Replik u. s. w. beweisen müsse, weil ein jeder in deren Hinsicht als Kläger betrachtet wird.

## VII.

Eben diese Bemerkungen enthalten auch den Beweis, daß die Grundsätze des römischen Rechts über diesen Gegenstand aus der Natur der Sache geschöpft sind. Man darf also nur nach dem heutigen Sprachgebrauche Replik im weitläufigen und im engern Sinne nehmen, unter dem ersten alles, was der Kläger gegen die Vertheidigung des Beklagten vorbringt, unter dem letzten aber jene neue Thatumstände verstehen, wodurch der Kläger die Einreden des Beklagten entkräften will, um sich zu überzeugen, daß die Grundsätze des römischen Rechts in dieser Materie auch noch heutzutag ihre volle Anwendung finden.

## XVII.

### Zwey Arten, Urtheile zu verkünden.

(Zu Danz §. 225.)

### I.

Nebst der Art, Urtheile zu verkünden, welche Hr. Danz hier anführt, gibt es noch eine, welche man da, wo von der Urtheilsverkündigung im allgemeinen gesprochen wird, um so weniger übergehen kann, als beyde in ihren Folgen wesentlich von einander unterschieden sind.

### II.

Ohne daß nämlich eine Ladung zur Anhörung der Urtheilspublication vorhergegangen wäre, schickt der Richter jeder Parthey das Urtheil schriftlich statt der Verkündigung zu. In diesem Falle wird 1) dem Aufsatze im Innern und Aeussern die Dekretform (*) gegeben; 2) das Urtheil wird vollständig eingerückt, 3) am Schlusse kömmt die Formel „„welches beyden Theilen in vim publicati andurch „bekannt gemacht wird“; 4) worauf mit der in De-

(*) Vergl. meine Grundsätze der Jurist. Praxis (Bamb. 1797. 8. §.)

Dekreten üblichen Formel Decretum oder Signatum geschlossen wird. 5) Daß übrigens dieser Aufsatz wie ein Dekret zusammgelegt, überschrieben und versiegelt wird, folgt aus der oben angegebenen ersten Regel.

III.

Zwischen dieser und der feyerlichen Art, Urtheile zu verkünden, ist ein großer Unterschied. a) Die Ladung ad audiendum publicari sententiam, welche der feyerlichen Urtheilsverkündigung vorausgehen muß, fällt hier hinweg. b) Statt daß feyerlich eröffnete Urtheile kein Datum haben, sondern auf ihnen die Zeit der Verkündigung angemerkt wird, nehmen die statt der Publication der Partheyen zugestellten Erkenntnisse dies von den Dekreten an, daß sie mit einem Datum (Tag, Monath, Jahr,) versehen werden. c) Statt daß bey feyerlich eröffneten Urtheilen die Fatalien von Minute zu Minute laufen, wird das Fatale bey der letzten Art de die in diem berechnet. d) Endlich ist bey dieser Art nothwendig, daß die Insinuation bescheinigt werde, eine Bescheinigung, welche bey der feyerlichen Urtheilspublication nicht denkbar ist.

IV.

## IV.

Indessen hat diese Art der Urtheilspublication schon wegen Berechnung der Fatalien und wegen dem Beweise der Insinuation sehr viel Schwankendes und ihre eigenen Beschwerden; weßhalb ich nie zu derselben, sondern vielmehr zur Beybehaltung der feyerlichen, als der Regel, rathen will.

## V.

Besonders nach bambergischen Gesetzen kann der Richter in eine ganz eigene Lage durch die minder feyerliche Urtheilsverkündigung versetzt werden. Bey Verkündigung des Urtheils sollen die Richter die mit einem Anwalt nicht versehenen, der Rechte nicht kündigen Partheyen über die Nothfristen und die Folgen der Rechtskraft belehren, und daß es geschehen sey, bey namhafter Strafe unter die Publication des Urtheils anmerken (Verord: vom 4. Junius 1779). Dieser Pflicht können die Richter, wenn sie die Urtheile in vim publicati durch ein Dekret den Partheyen zuschicken, nicht Genüge leisten, und vielleicht hatte es bisher mancher Unterrichter dem Zufall zu verdanken, daß er der verdienten Strafe entgangen ist.

## XVIII.
## Ueber die Bestimmung des Beweissatzes bey dem ersten Urtheil in der Sache.

(Zu Danz §. 233)

### I.

Wenn je dem Richter die hohe Pflicht aufliegt, dem Prozesse die gehörige Richtung zu geben, so ist es bey dem Beweisverfahren. Schon durch den Satz: Judici fit probatio, suchte man ihm eine grössere Gewalt einzuräumen, als ihm sonst zukömmt, und ihm die Macht zu ertheilen, manches von Amts wegen vorzunehmen; so kann er von Amts wegen Augenschein vornehmen, die Fehler der Beweisartikel verbessern u. d. m. Besonders aber muß der Richter dieser Pflicht bey Festsetzung des Beweisthema Genüge leisten. Dieses macht die Grundlage des ganzen Beweisverfahrens aus, ist seine genaue Bestimmung vernachläsigt, so wird der Beweis in der Folge schwankend, weitschweifig, und öfters so unbestimmt, daß nach geendigtem Beweisverfahren räthselhaft ist, was denn eigentlich die Partheyen beweisen sollten. Wenn daher der Beweissatz nicht von selbst aus den Akten ganz klar sich

darlegt, so genügt es keineswegs, wenn der Richter in ganz allgemeinen Ausdrücken: der Kläger soll den Grund seiner Klage, und soviel ihm daran verneint worden, beweisen, auf Beweis erkennt, sondern er muß den Beweissatz im Urtheil ausdrücklich und ganz bestimmt vorzeichnen.

II

Nur über die Methode, den Beweissatz zu bestimmen, geben Claproth *) und Danz **), jeder andere Regeln an. Claproth behauptet, es sey nicht genug, das vorgegebene Eigenthum, die vorgegebene Schankung zum Beweise aufzulegen, sondern man müsse die geläugneten Thatumstände, wodurch das Eigenthum oder die Schankung begründet werden soll, aus den Akten herausheben. Danz hingegen stellt die Regel auf, man müsse den Beweis blos auf die Verbindlichkeit, den Vertrag, warauf sich das behauptete Recht gründet, oder mit einem Worte auf den eigentlichen Streitpunkt richten, und dem Beweisführer die Freyheit lassen, die Gründe, Begebenheiten und Facta näher anzu-

*) Ordentl. Proz. Th. II. §. 214

**) §. 233.

anzuzeigen, woraus er sein Recht ausser Zweifel setzen will; nur ausnahmsweise könne es in einzelnen Fällen nach besonderen Verhältnissen räthlich seyn, bey Bestimmung des Beweissatzes in einzelne Thatsachen einzugehen.

III.

Der Vorzug der von Hr. Danz aufgestellten Grundsätze läßt sich durch überwiegende Gründe beweisen. 1) Wenn der Kläger aus einem Vertrage, einem dinglichen Rechte, einem Verschulden klagt, so macht der Vertrag, das dingliche Recht, die Culpa den Klagegrund aus; da nun der Kläger den Klagegrund zu beweisen schuldig ist, so kann der Beweissatz auf nichts anders, als wozu der Kläger verbunden ist, gerichtet werden. 2) Diesen Klagegrund kann der Kläger nicht blos aus den vom ihm angeführten Thathandlungen beweisen, die Gesetze erlauben ihm, indircete, künstliche Beweise; kein Richter ist demnach berechtigt, diese Befugniß dem Kläger durch eine zu sehr beschränkte Bestimmung des Beweissatzes zu entziehen. 3) Wie leicht kann der Richter fehlen, wenn er hiebey zu sehr in das Detail der Umstände eingehen will, wie leicht kann er zu ge-

gründeten Beschwerden Anlaß geben, und von einem Extreme in das andere verfallen?

## IV.

Ich erinnere mich eines Rechtsfalls, bey welchem von diesen Grundsätzen vorsichtiger Gebrauch zu machen war. Wegen einem, ausser einem Contracte zugefügten Schaden war geklagt, das Klagerecht ruhte in der culpa levissima, welche bekanntlich aus dem aquilischen Gesetze prästirt werden muß. Bey den Verhandlungen wurden so manche Umstände vorgebracht, um entweder von Seite des Klägers den nöthigen Grad des Verschuldens daraus herzuleiten, oder ihn von Seite des Beklagten zu entkräften. Hier konnte das Beweisthema nicht anders, als dahin festgesetzt werden, „daß der Beklagte wenigstens den geringsten Grad der Nachlässigkeit bey der Beschädigung zu Schulden gebracht habe„. Dem Kläger blieb die Auswahl der Thatumstände überlassen, woraus sich das Verschulden, als der Klagegrund und das Beweisthema her stellen ließ; jede Beschränkung des Beweissatzes auf besondere Umstände wäre ein unnöthiger Eingriff in die Rechte des Klägers gewesen.

## XIX.

## Kann die Eydeszuschiebung subsidiarisch mit andern Beweismitteln verbunden werden?

(zu Danz. § 238.)

### I.

Manche Rechtsgelehrte glauben, daß die Eydeszuschiebung wenigstens subsidiarisch mit andern Beweismitteln verbunden werden könne, nämlich so, daß der Beweisführer den Beweis durch andere Mittel antritt, sich aber vorbehält, dem Gegner den Eyd zuzuschieben, wenn seine Beweismittel die gehoffte Würkung nicht hervorbringen sollten; Hr. Danz erklärt sich aber mit vielen andern Rechtslehrern für die gegentheilige Meynung. — Auch ich pflichte ihr bey, nur wird es darauf ankommen, den wahren Grund für sie aufzufinden.

### II.

Danz beruft sich auf eine Stelle des canonischen Rechts (*), wo es heißt: „Sane, „quoniam apud vos consuetum esse didici-

„mus,

(*) cap. 2. X, de. probat.

„ mus, ut cum aliquis intentionem suam
„ fundaverit instrumentis aut testibus, ei sacra-
„ mentum nihilominus defertur, — nos, cum tum
„ demum ad huiusmodi suffragium recurren-
„ dum, cum aliæ legitimæ probationes deesse
„ noscantur, talem consuetudinem reprobamus."
Allein aus dieser Stelle kann man wohl einen befriedigenden Grund nicht herleiten. Der Pabst hat den Fall unterstellt, daß a) der Beweis durch Urkunden oder Zeugen hergestellt war, b) daß jenem, der den Beweis geliefert hatte, von seinem Gegner der Eyd zugeschoben wurde, und diese Gewohnheit hat er verworfen. Ganz verschieden ist der Fall, von dem ich hier spreche, denn es wird a) vorausgesetzt, daß der Beweis nicht hergestellt wurde, b) daß der Beweisführer den Eyd zuschieben will — Eben dieser Verschiedenheit wegen kann, wie ich dafürhalte, aus dieser Stelle die angeführte Meynung nicht gerechtfertiget werden.

## III.

Ueberwiegend hingegen ist der Grund, welchen ich in der Natur der Sache selbst finde. Wenn der

der Beweis durch andere Beweismittel angetretten ist, so wird entweder ein vollkommener oder ein unvollkommener oder gar kein Beweis dadurch hergestellt. Im ersten Fall muß für den Beweisführer erkannt werden, und der Eyd fällt als überflüssig von selbst hinweg; im zweyten Fall muß auf den Ergänzungs- oder Reinigungseyd erkannt werden, ohne daß von einem zugeschobenen Eyde die Rede seyn könnte; im dritten Fall muß gegen den Beweisführer gesprochen werden. Die Gesetze selbst bestimmen also, wie nach dem Beweisverfahren, wenn man andere Mittel, als die Eydeszuschiebung braucht, zu erkennen sey; diese gesetzliche Disposition gibt dem Producten ein Recht, daß die Sache in dem einmal eingeschlagenen Wege entschieden werde, ein Recht, welches demselben durch einen Vorbehalt des Beweisführers nicht entzogen werden kann. Wer demnach einen Beweis zu führen hat, der steht zwischen der Eydeszuschiebung und andern Beweismitteln am Scheideweg, und hat den Rücktritt nicht mehr, wenn er einmal eine Bahn angetretten hat.

## XX.

## Kann die Eydeszuschiebung zu den liquiden Beweismitteln gezählt werden.

(Zu Danz §. 248. Vergl. 187.)

### I.

Fast könnte die Frage, welche ich aufwerfe, manchem schon ausgetragen, eine neue Behandlung derselben daher überflüssig scheinen. Allein nicht selten trifft es sich, daß gerade solche Fragen noch nicht von der rechten Seite gegriffen wurden, und bey ihnen eine Revision Gewinn für die Wahrheit ist; und der Fall ist, wie ich wenigstens glaube, bey der aufgeworfenen Frage wirklich vorhanden.

### II.

Sehr viele Rechtslehrer zählen die Eydeszuschiebung, so wie den Beweis durch Zeugen nicht unter die sogleich liquiden Beweise (probatio in continenti liquida.). Allein nicht einmal vom Zeugenbeweise ist dieser Satz bey allen Prozeßarten uubedingt wahr, denn im Mandatsprozeß, wo doch

der

der Inhalt des Mandatsgesuchs sogleich dargethan seyn muß, genügen Zeugen aussagen. — Geht man vollends in den Grund dieser Meynung ein, so wie ihn selbst Hr. Danz (*) vorträgt, so wird man gegen diese Meynung gestimmt.

III.

Oeltze **), auf den sich Danz beruft, setzt den Grund darin, daß jenem, dem der Eyd zugeschoben wurde, frey stehet, sein Gewissen mit Beweisen zu vertretten. — Allein dieser Grund kann, schon wie er vorgetragen ist, nicht unbedingt beweisen; denn es käme erst darauf an, ob er sein Gewissen mit Beweisen vertretten wollte, alsdann erst, also nicht in jedem Falle würde die Eydeszuschiebung aufhören, ein sogleich liquider Beweis zu seyn.

IV.

Vielmehr sollte man, wenn man blos die Natur dieses Beweismittels betrachtet, für die bejahende Meynung sich neigen. Einfacher ist nichts, als

*) §. 187. Sch. d.

**) Anleit zum ger. Prozeß. §. 102.

als der Beweis durch Eydeszuschiebung; das Beweisthema wird festgesetzt, zur Abschwörung des Eydes ein Termin anberaumt, und dieser abgeschworen oder verweigert — Hiemit ist der ganze Streit aus. Weit verwickelter, wenn man nur an die gegen die Urkunden stattfindenden Einreden denkt, ist hingegen der Beweis durch Urkunden, welcher doch von allen ohne Ausnahme als ein sogleich liquider Beweis anerkannt wird. — Wenn also nach dem schleunigen Erfolg eines Beweismittels desselben Liquidität bemessen werden soll, so verdiente der Beweis durch Eydeszuschiebung wenigstens mit dem Urkundenbeweise gleichen Rang.

## V.

Ganz von dem unrechten Standpunkte ist man aber bey allen diesen Gründen ausgegangen. Die Quelle der in continenti liquiden Beweismittel darf nicht im ordentlichen Prozesse aufgesucht werden; den summarischen Prozessen besonders, dem Executivprozesse verdankt diese Lehre ihr Daseyn. Bey dieser Prozeßgattung muß der Kläger sein Klagerecht sogleich mit Ueberreichung der Klage beweisen, und der Beklagte kann keine andere Ein-

reden,

reden, als solche, die sogleich liquid sind, vorbringen; da entstand also die Frage von liquiden Beweisen, und insbesondere, ob die Eydeszuschiebung als ein solcher Beweis anzusehen sey; im ordentlichen Prozesse ist davon keine Rede, nur die Execution rechtskräftiger Erkenntnisse ausgenommen, welche nach der Natur des summarischen Prozesses bemessen wird.

## VI.

Bey dieser Prozeßgattung ist es unläugbar, daß der Kläger auf kein anderes Beweismittel, als jenes der Urkunden eine Executivklage bauen kann. Die Verfügung des Richters auf die übergebene Executivklage, nach welcher Termin zur Producirung und Anerkennung der Orginalien angesetzt wird, beweist diesen Satz. In Ansehung des Klägers ist daher Eydeszuschiebung kein sogleich liquider Beweis.

## VII.

Eben deßhalb glaube ich auch, daß nach den einmal bestehenden Rechtsgrundsätzen die Eydeszuschiebung auch vom Beklagten nicht als ein sogleich liquider Beweis gebraucht werden könne. Denn eines-

theils

theils sind die Rechte beyder streitender Theile gleich, und der Beklagte kann sich keines Beweismittels bedienen, welches dem Kläger verschlossen ist; anderntheils kann man sagen, daß Eydeszuschiebung in die Reihe der im Executivverfahren zuläsigen Beweismittel nach der Entstehung dieser Prozeßart nicht gehöre. Nur aus diesen Gründen, keineswegs aber aus der Geschwindigkeit, durch Eyd einen Beweis herzustellen, bin ich der eben angeführten Meynung.

## VIII.

Sollte indessen von einer zu erlassenden Verordnung die Rede seyn, so könnte ich mich durch nachstehende Gründe gar leicht bestimmen, Eydeszuschiebung in die Reihe dersogleich liquiden Beweise aufzunehmen.

1) Sehr geschwind, ohne Verlust von Zeit und Kosten, kann durch einen Eyd der Beweis hergestellt werden.

2) Immer ist der Vortheil auf Seite desjenigen, dem der Eyd zugeschoben wird, denn er wird dadurch zum Richter in eigener Sache gemacht.

3) Ins besondere tritt dies bey dem Kläger ein; wenn ihm ein Eyd über die Einreden zugeschoben ist, so hat er das Mittel in Handen, im Wege des schleunigen Verfahrens die Sache zu beendigen, er unterwerfe sich also dem Mittel, wenn er den Zweck erreichen will.

4) Wozu soll auch seine Weigerung nützen? Der Beklagte müßte im Wege des Executivprozesses zahlen, und bey den Verhandlungen über die ad separatum verwiesene Einrede der Kläger dennoch den Eyd annehmen oder zurückschieben. Weit einfacher ist es demnach, wenn er ohne diesen Umweg, noch im Executivverfahren sich über den Eyd erklärt.

---

## XXI.

## Von den Folgen des Ungehorsams der Partheyen in dem zur Vollführung des Beweises angesetzten Termine.

(Zu Danz §. 305. 324. 345. 353. 383.)

### I.

Die peremtorische Kraft des Beweistermins gehet nur auf den Antritt, nicht auf die Vollführung

rung des Beweises. Diese allein gibt also keinen Masstab, wornach man die Verhältnisse bestimmen könnte, wenn im Productionstermine einer oder der andere streitende Theil nicht erscheint. Bey allen Beweismitteln, nur den Beweis durch Eingeständniß ausgenommen, kann hievon die Rede seyn. Indessen findet man über diesen wichtigen Gegenstand gar kein Einverständniß unter den Rechtslehrern, und wenn man in ihre Meynungen über die einzelnen Beweismittel hineingeht, den gänzlichen Mangel an Consequenz.

## II.

Danz, den ich statt der übrigen, deren Meynungen er gesammelt hat, aufführe, unterscheidet bey allen Beweismitteln folgende drey Fälle. — A) Wenn beyde Theile nicht erscheinen, ist der Termin circumducirt. B) Wenn der Product nicht erscheint, so wird die Ladung in Ansehnng seiner meistens nur für monitorisch gehalten, und mit Vollführung des Beweises, so, als ob er erschienen wäre, fortgefahren. C) Erscheint der Producent nicht, so wird auf Anrufen des Producten

1 bey dem Beweise durch Urkunden und Zeugen der Producent mit der Strafe der Desertion belegt (*).

2) Bey dem Beweise durch Augenschein verfällt er in die gemeine Strafe des Ungehorsams, ein neuer Termin wird anberaumt, und bey fernern Ungehorsam entweder die Strafe des Verlusts dieses Beweises oder die Vornahme der Besichtigung seiner Abwesenheit ungeachtet angedroht. (**)

3) Bey dem Beweise durch Kunstverständige tritt das nämliche Verhältniß wie bey dem Augenschein ein, weil die Anwesenheit des Producenten nothwendig ist, um die Gegenstände der Besichtigung genau anzugeben. (***)

4) Bey dem Beweise durch Eyd unterscheidet er, ob der angesetzte Termin nur ein dilatorischer oder peremptorischer Termin war, und bemerkt, daß auch hier erst der dritte Termin ein peremptorischer ist. Im ersten Falle tritt blos die allgemeine Strafe des Ungehorsams ein. Im zweyten

(*) Danz §. 305. 324.
(**) Danz §. 345.
(***) §. 353.

ten Fall wird, wenn derjenige, welcher den Eyd abschwören sollte, zurückbleibt, der Eyd für verweigert — wenn der Gegentheil ausbleibt, der vorher den Eyd für Gefährde abzuschwören vorgeladen war, der Eyd für geleistet geachtet — war er aber blos vorgeladen, um den Haupteyd schwören zu sehen, so wird mit der wirklichen Eydesleistung fortgefahren. (*)

## III.

Wem muß nicht das schwankende, willkührliche und inconsequente auffallen, welches aus der Zusammenstellung der Meynungen eines Schriftstellers über diesen Gegenstand nach den verschiedenen Beweismitteln hervorleuchtet? und doch müssen im Hauptwerke für alle Beweismittel allgemeine Grundsätze aufgestellt werden, welche in der Anwendung auf jedes einzelne Beweismittel nur kleine Modificationen annehmen! Wer kann es wohl anders, als inconsequent finden, daß bey dem Beweise durch Eyd erst der dritte Termin — bey dem Beweise durch Urkunden und Zeugen schon der erste Termin peremtorisch seyn solle? Wer wird es nicht für Willkühr ansehen,

daß

(*) Danz §. 383.

daß dem Richter bey dem Beweise durch Augenschein und Kunstverständige das Recht ertheilt wird, alternativ — entweder bey Verlust des Beweises, oder unter der Bedrohung, daß des Aussenbleibens ungeachtet mit der Besichtigung fortgefahren werden soll, einen neuen Termin anzusetzen? Wem wird nicht bey dem Beweis durch Kunstverständige das schwankende des angeführten Grundes, weil der Producent die Gegenstände der Besichtigung angeben müsse, auffallen? als ob dies nicht das Beweisthema ausmachte, welches der Richter auch ex officio, wenn es von den Partheyen nicht geschieht, festzusetzen verbunden ist! — Offenbar also bedarf dieser Gegenstand einer Revision. Gesetze mangeln, und nur die Natur der Sache kann uns richtig leiten. Ich stelle folgende Sätze als Regel auf.

## IV.

I. Der zur Vollführung des Beweises angesetzte Termin (Productionstermin) ist nicht ipso iure peremtorisch. — Kein Gesetz erklärt ihn dafür, und die übereinstimmende Meinung der Rechtsgelehrten spricht für diesen Satz; wie wär es sonst möglich, daß durch das Aussenbleiben beyder Theile der Termin circumducirt wird?

II. Wenn ein vom Richter angesetzter Termin peremtorisch seyn soll, so muß dies in dem Dekrete des Richters genau bestimmt seyn; ohne ausdrückliche Androhung der Präclusion wird jede Ladung nur für eine dilatorische angesehen. Eben diese Grundsätze tretten auch bey den zur Vollführung des Beweises angesetzten Terminen ein; der Producent kann daher mit seinem Beweise nur alsdenn präcludirt werden, wenn er ausdrücklich unter der Strafe der Präclusion vorgeladen war.

III. Eine Strafe setzt einen Ungehorsam, und dieser eine arctatorische Ladung voraus; wer also nur zur Vollführung des Beweises eine monitorische Ladung erhielt, wer nicht vorgeladen wurde, nm eine Handlung bey Gericht vorzunehmen, der kann mit einer Strafe allenthalben nicht belegt werden; bey dem Beweise muß man daher auf den Zweck der an die Partheyen erlassenen Ladung Rücksicht nehmen.

IV. Termine, welche nicht ipso iure peremtorisch sind, werden durch das Aussenbleiben beyder Theile circumducirt, dies tritt daher auch bey dem Beweise,

nur

nur den Augenschein und Kunstverständige ausgenommen, ein, weil bey diesen Beweismitteln die Ladungen an beyde Partheyen nur monitorisch sind (unten §. VIII. IX.).

Diese Grundsätze sollen nunmehr auf die verschiedenen Beweismittel angewendet werden.

V.

A) Bey dem Beweise durch Zeugen wird der Producent zur Vorführung der Zeugen, der Product aber, um sie vorführen und beeydigen zu sehen, vorgeladen. In Ansehung des Producten ist die Ladung nur eine monitorische, wenn er also nicht erscheint, so wird mit Vereydigung der Zeugen fortgefahren. Der Producent aber ist zur Production, zur Vornahme einer Handlung vorgeladen; folglich ist die Ladung in Ansehung seiner arctatorisch. Erscheint er daher nicht, so verfällt er das erstemal nicht gleich in die Strafe der Präclusion, sondern nur in die allgemeine Strafe des Ungehorsams, und auf Anrufen des Producten kann dem Producenten unter der Strafe der Präclusion ein anderer Termin angesetzt werden; welche Drohung bey wiederholtem Ungehorsam auf Anrufen des Producten realisirt wird.

## VI.

B) Ganz anders sind die Verhältnisse bey dem Beweise durch Urkunden. Beyde Theile werden vorgeladen, um eine Handlung bey Gericht vorzunehmen, und zwar der Producent zur Vorlage der Originalien, der Product um sie anzuerkennen oder abzuläugnen, die Ladung ist also in Ansehung beyder Theile arctatorisch. Wenn daher im Productionstermin einer von beyden Theilen nicht erscheint, so verfällt er zwar nicht sogleich in die Strafe der Präclusion, sondern nur in die allgemeine Strafe des Ungehorsams, und es wird ein neuer Termin angesetzt, wobey für den Fall eines Ungehorsams eine besondere Strafe auf Anrufen des gehorsamen Theils angedroht werden kann. Diese besondere Strafe besteht gegen den Producenten in dem Verluste seines Beweises, gegen den Producten darin, daß die Urkunden für anerkannt gehalten werden.

## VII.

C) Bey dem Beweise durch Augenschein treten ganz andere Rücksichten ein. Diese Beweisart ist ausserordentlich begünstiget; sie ist an den Beweistermin nicht gebunden, sondern findet noch nach dem

Beschluß

Beschluß der Sache, selbst nach einem rechtskräftigen Erkenntnisse noch statt. (*) Der Zweck dieses Beweismittels gehet dahin, den Richter durch seine eigenen Sinne von der Wahrheit der Sache zu überzeugen, und schon bey der Beweisantrettung muß der Beweisführer die Gegenstände des Augenscheins bestimmen. Bey der Besichtigung selbst haben die Partheyen keine Handlung vorzunehmen; der Richter begiebt sich an Ort und Stelle, er nimmt den Augenschein ein, und die Partheyen können der Handlung beywohnen. Die Ladung ist daher in Hinsicht beyder Theile nur eine monitorische, und der Augenschein kann eingenommen werden, es mögen beyde Theile, oder nur einer derselben im Termine nicht erscheinen; es kann daher weder von Strafe des Ungehorsams noch von Ansetzung eines neuen Termins unter der Strafe der Präclusion die Rede seyn.

## VIII.

D) Eben so verhält es sich mit dem Beweise durch Kunstverständige; denn im Hauptwerke ist dieser Beweis nichts als ein Beweis durch Augenschein, bey welchem der Richter seinen eigenen Augen allein nicht

trauen

(*) Danz §. 343.

trauen darf, sondern verbunden ist, sie durch Beyziehung Kunstverständiger zu waffnen, weil die Beurtheilung des Gegenstands besondere Kenntnisse voraussetzt; was daher die Natur des Augenscheins mit sich bringt, muß auch bey dem unter Beyziehung der Kunstverständigen einzunehmenden Augenschein eintretten. Daß die Kunstverständige in gewisser Hinsicht als Zeugen betrachtet werden, berechtigt uns nicht, dieses Beweismittel nach der Natur des Zeugenbeweises zu bemessen (§. VI.); denn der Augenschein macht die Wesenheit dieser Beweisart aus, und Kunstverständige werden nur in Hinsicht ihrer Glaubwürdigkeit und Vereydigung als Zeugen angesehen, ohne diese Beweisart in jene durch Zeugen umzuschaffen; wie könnte sonst der Richter, wenn der Product von seiner Seite Kunstverständige nicht vorschlug, sie von Amtswegen ernennen? Insbesondere ist die Production derselben nicht gebräuchlich, folglich die Ladung, wie bey dem Beweise durch Augenschein, für beyde Theile nur monitorisch.

## IX.

E) Bey dem Beweis durch Eyd gieng Hr. Danz ganz von den richtigen Grundsätzen aus; denn

ohne

ohne meine Erinnerung wird jeder von selbst unterscheiden können, wie ferne die erlassenen Ladungen in Ansehung der Partheyen bey dem Beweise durch Eyd monitorisch oder arctatorisch seyen.

## XXII.

### Wenn die Kunstverständige verschiedener Meynung sind, so muß der Richter nach der Stimmenmehrheit entscheiden.

(Zu Danz. §. 356.)

### I.

Bey dem Beweise durch Kunstverständige trifft es sich sehr oft, daß sie in ihren Meynungen nicht übereinstimmen, und daher die Frage entsteht, welche Meynung der Richter bey seiner Entscheidung zum Grund legen soll? Der Gerichtsgebrauch zieht jene Meynung vor, welche mit den trifftigsten Gründen unterstützt ist, andere verweisen den Richter an jene, welche die Stimmenmehrheit der Kunstverständigen für sich hat. Jeder Theil beruft

sich auf Gesetze. (*) — Wir wollen vorher die Natur der Sache sprechen lassen, weil nicht zu vermuthen ist, daß die Gesetze etwas specielles (**) verordnen wollten.

## II.

Kunstverständige werden in jenen Fällen beygezogen, wo über Gegenstände die Rede ist, zu deren Beurtheilung gemeine Kenntnisse nicht hinreichen, sondern besondere Kenntnisse einer Kunst nothwendig sind. Wenn man über die Frage streitet, ob ein Gebäude dauerhaft geführt, eine Uhr gut gefertigt, ein Fabrikmateriale nicht verdorben sey, so wird dort Kenntniß der Baukunst, hier Kenntniß vom Uhrmachen oder Kenntniß des Fabrikwesens erfodert. Dies sind Kenntnisse, welcher nicht ein jeder Mensch in dem gemeinen Leben hat, sondern sie sind besondere Kenntnisse, welche ein besonderes Studium, besondere Erfahrung voraussetzen. — Vom Richter kann man diese besondern Kenntnisse nicht erwarten,

er

(*) Für die erste Meynung allegirt man den L. 1. de pr. de inspiciendo Ventre, für die zweyte den L. 21. §. 3. D. de testibus.

(**) Meine jurist. Abh. Th. 1. S. 116.

er besteigt den Richterstuhl mit Rechtswissenschaft ausgerüstet, aber unmöglich ist, daß jeder Richter in allen Kunstgeschäften, worüber er Streitigkeiten zu entscheiden hat, die nöthigen Kenntnisse besitze; weil nun auf ausserordentliche, ungewöhnliche Eigenschaften eines Individuums keine Gesezgebung gebaut werden darf, so verbinden die Geseße den Richter, in solchen Fällen Kunstverständige beyzuziehen, durch sie seine Augen, welche die Geseße für unzureichend halten, zu waffnen, und nach ihrer Meynung den Ausspruch über den streitigen Gegegstand zu fällen.

## III.

Der Geist der Gesezgebung, welche die Beyziehung der Kunstverständigen fodert, kann daher kein anderer seyn, als der: 1) die Geseße sprechen dem Richter in Sachen, welche ohne besondere Kenntnisse einer Kunst nicht beurtheilt werden können, die Fähigkeit ab, die Entscheidung auf seine Meynung über den Kunstgegenstand zu bauen; 2) sie verbinden ihn daher an die Beyziehung der Kunstverständigen, und dies dauert 3) sogar in dem Falle fort, wenn etwa ausserordentlicher Weise der Richter selbst die zur Beurtheilung des Kunstgegenstands nö-

thige

thige Kenntniß besitzen sollte; weil Gesetze nach ungewöhnlichen Eigenschaften eines Subjects nicht gemacht werden. (*).

## IV.

Aus diesem Geiste der Gesetze fließt die absolute Folge, daß der Beurtheilung des Richters die Sache so weit entzogen ist, als sie nur durch Hülfe besonderer Kenntnisse beurtheilt werden kann; denn es wäre Widerspruch, wenn dem Richter einmal die Fähigkeit seiner Meynung zu folgen, gesezlich abgesprochen, und das anderemal wieder beygelegt würde.

Wir sehen diesen aus dem Geist der Gesezgebung gehobenen Satz in dem Fall ganz bestättigt, wenn die Kunstverständigen einer Meynung sind; denn diese mag dem Richter noch so sonderbar scheinen, so muß er sich dennoch derselben bey Fällung des Urtheils unterwerfen, und kein Gesetz berechtigt ihn, die Meynung der Kunstverständigen zu verlassen. Er erscheint hier in doppelter Eigenschaft, als Richter folgt er der Meynung der Sachverständigen, ohne daß seine Gesinnungen als Privatperson sein Urtheil bestimm=

(*) Glüks Erläuter. der Pandekten. Th. 1. §. 36. S. 2. nach der Ausgabe v. J. 1797.

bestimmen dürfen; so wenig, als es ihm erlaubt ist, gegen die Zeugenaussagen oder den Inhalt der Urkunden seiner Ueberzeugung als Privatmann zu folgen. Kunstsachen gehören also, soweit sie nur nach den Regeln der Kunst zu beurtheilen sind, zur Sphäre der eigenen richterlichen Beurtheilung nicht.

## V.

Dieser Grundsatz muß auch in dem Fall wirken, wenn die Meynungen der Kunstverständigen getheilt sind. Soweit der Gegenstand Kunstsache ist, ist dem Richter die Beurtheilung nicht überlassen; welcher Widerspruch wäre es daher, wenn man ihm die Entscheidung darüber zugestehen wollte, welche Gründe triftiger seyen? Wem die Gesetze die Fähigkeit absprechen, einen Gegenstand zu beurtheilen, der kann das Urtheil gewiß um so weniger fällen, wenn sogar die Kunstverständigen unter sich spännig sind. — Mit einem Worte, die Dißharmonie der Kunstverständigen kann dem Richter kein Recht ertheilen, welches ihm die Gesetze bey diesem Beweismittel im Allgemeinen abgesprochen haben; durch die dem Richter ertheilte Erlaubniß, jener Meynung zu folgen, welche ihm richtiger scheint, würde der gefährlichste

Grad

Grad richterlicher Willkühr eingeführt, welchen die Gesetze durch die Kunstverständige vermeiden wollten, und welcher nie mit der im Staate nöthigen Sicherheit des Eigenthums vereinbar ist.

## VI.

Sehr viel Bestärkung gewinnt dieser Satz, wenn man die übrigen Verhältnisse bey diesem Beweismittel zusammenstellt. Warum sollten wohl die Gesetze in jedem Fall drey Kunstverständige erfodern, von denen der Kläger einen, der Beklagte den andern, der Richter den dritten ernennt? Warum fodern sie, daß der Richter statt der säumigen Parthey den Kunstverständigen benennt, als damit durch die nach den verschiedenen Interessen geschehene Ernennung der Sachverständigen das nöthige Gleichgewicht hergestellt, und dennoch allemal durch eine ungleiche Anzahl der Sachverständigen die Stimmengleichheit vermieden werde?

## VII.

Daß also der Richter bey getheilten Meynungen der Kunstverständigen sich an die Stimmenmehrheit halten müsse, fodert die Natur der Sache; wir wollen

len uns nun zu den positiven Bestimmungen der Gesetze wenden, auf welche man sich für oder gegen diese Meynung beruft. Eines dieser Gesetze spricht offenbar von Kunstverständigen, welche über die Schwangerschaft einer Frau beygezogen werden sollen, und es verordnet, daß man sich nach jenem richten soll, was sie insgesammt, oder wenigstens zwey aus dreyen (also Stimmenmehrheit) dafür halten würden. Die Worte des Gesetzes sprechen ohne Commentar: „Igitur si perstat in eadem postulatione, commodissimum est, eligi honestissimae foeminae domum, in quam Domitia veniat, et ibi tres obstetrices probatae artis et fidei, quae a te assumtae fuerint, eam inspiciant: et si quidem vel omnes vel duae renunciaverint, praegnantem videri, tunc persuadendum mulieri erit, ut perinde custodem admittat, atque si ipsa hoc desiderasset" (*). — So wäre denn wenigstens ein Gesetz mit der Natur der Sache übereinstimmend.

## VIII.

Stehet aber nicht das andere Gesetz (**) entgegen, auf welches sich die gemeine Meynung beruft

(*) L. 1. pr. D. de inspiciendo ventre.
(**) L. 21. §. 3. D. de testibus

ruft? — Es sagt: „Si testes omnes eiusdem honestatis et existimationis sint, et negotii qualitas ac judicis motus cum his concurrit, sequenda sunt omnia testimonia. Si vero ex his quidam aliud dixerint, licet impari nnmero, credendum est: sed quod naturae negotii convenit, et quod inimicitiae aut gratiae suspicione caret: confirmabitque judex motum animi sui ex argumentis et testimoniis et quae rei aptiora et vero proximiora esse compererit: non enim ad multitudinem respici oportet, sed ad sinceram testimoniorum fidem et testimonia, quibus potius lux veritatis adsistit.“ — Dieses Gesetz spricht nur von Zeugen, denn es steht in den Titel der Pandecten de testibus, und ist aus dem besondern Tractate des Arcadius de testibus entnommen; es kann also auf den Beweis durch Kunstverständige nicht ausgedehnt werden, da zwischen Zeugen und Kunstverständigen, ob sie gleich einige Aehnlichkeit haben, wesentliche Verschiedenheiten eintreten. Zeugen verdienen nur in jenem Glauben, was sie mit ihren Sinnen empfunden haben; Kunstverständige werden zur Beurtheilung eines Gegenstands beygezogen.

## IX.

Insbesondere tritt aber eine besondere Betrachtung hinzu, welche offenbar beweißt, daß von dieser wegen Zeugen gegebenen Verordnung keine Extensivinterpretation auf Kunstverständige gemacht werden kann. Zur Beurtheilung einer Zeugenaussage reichen schon die bey einem jeden Richter vorausgesetzten Kenntnisse des gemeinen Lebens hin, ohne daß die bey Beurtheilung einer Kunstsache nöthige besondere Kenntniß erfordert würde. Bey Zeugenaussagen kann also dem Richter gar füglich überlassen werden, unter dißharmonirenden Zeugen der Aussage jener zu folgen, welche mit der Natur der Sache am mehrsten übereinstimmt, daher am mehrsten glaubwürdig ist. — Aber bey einer Kunstsache benehmen die Gesetze dem Richter die Fähigkeit und die Macht, zu bestimmen, was den Kunstregeln am angemessensten ist, sie verweisen ihn deßhalb an das Urtheil der Sachverständigen; es ist also bey der Anwendung dieser für Zeugen gültigen Verordnung auf den Beweis durch Kunstverständige sogar das Suppositum falsch, daß der Richter gesetzlich befugt und qualificirt sey, zu bestimmen, welche Meynung die mehrsten Gründe der Kunst für sich hat.

## X.

Ich gestehe zwar den Partheyen das Recht zu, die Aussage der Kunstverständigen und ihre Gründe anzufechten, ohne Unterschied, ob alle oder nur die mehrern Stimmen für eine Meynung stehen; allein auch hierdurch überkömmt der Richter kein Recht, über eine Kunstsache und die Rechtmäßigkeit des Gutachtens der Kunstverständigen zu urtheilen, sondern auf allen Fall müssen andere Kunstverständige beygezogen werden, bey deren Beurtheilung es nach der Stimmenmehrheit belassen werden muß, weil sonst des Streitens kein Ende seyn würde, und weil das förmliche Recht die Stelle des würklichen, wie Möser (*) sehr schön zeigt, vertreten muß.

## XI.

So groß auch das Ansehen des Gerichtsgebrauchs seyn mag, auf welches sich meine Gegner berufen, so ist doch unverkennbar, daß bey meinem Grundsatze der Richter weit sicherer geht, und sich aller Verantwortung überhebt, welcher er ausgesetzt ist, wenn er die gegentheilige Meynung befolgt. Er sieht

(*) Patriot. Phantas. Th. 4. S. 113.

sieht die Aussage der Kunstverständigen nach der Stimmenmehrheit für förmliches Recht an, verhält sich leidend, urtheilt nach demselben, und es ist ihm sehr gleichgültig, ob das förmliche Weiß nicht etwa würkliches Schwarz ist. Wer kann es ihm zum Fehler anrechnen, wenn er eine Sache so behandelt, wie sie die Mehrheit der Kunstverständigen, womit er seine Augen waffnen mußte, ihm darstellt? — Weicht er hingegen von der Stimmenmehrheit ab, so folgt er seiner Ueberzeugung, und das darauf gebaute Urtheil wird sein Factum, wodurch er sich eine Verantwortlichkeit aufladet, welche ihm bey der andern Meynung nicht aufliegt.

## XXIII.

### Von dem Beschluß der Sache.

(Zu Danz §. 400. Vergl. §. 211.)

I.

Die Hintersetzung zum richterlichen Spruche nennt Hr. Danz die Erklärung der streitenden Theile, mittelst deren sie sich alles weitern Beweises und Schriftwechsels begeben. Allein dieser Begriff, so wichtig auch die Lehre vom Beschluß der Sache ist, hat offenbare Mängel. 1) Wird alles auf eine Erklärung der streitenden Theile zurückgeführt, als wenn nur durch sie ein Acktenschluß zustand kommen könnte; da doch vielmehr im Gegentheil die Verordnungen der Gesetze gewöhnlich den Grund des Acktenschlusses ausmachen. 2) Fodert dieser Begriff, daß sich die Partheyen alles fernern Beweises und Schriftwechsels begeben. — Allein es gibt einen Beschluß der Sache bey dem ersten Verfahren, wo noch von gar keinem Beweise die Rede war, wo also an einen Verzicht auf fernern Beweis gar nicht zu denken ist. 3) Enthält der angeführte Begriff, daß in jeder Sache nur ein Acktenschluß,

schluß, nämlich nachdem Beweisverfahren, statt finde. Auch dieß ist unrichtig, es gibt so viele Conclusionen in einer Sache, als besondere Erkenntnisse denkbar sind. 4) Begeben sollen sich die Partheyen alles fernern Beweises. — Will man etwa nach dem Satze: ad jura renunciata non datur regressus, den Stoff zu einer neuen Controvers legen: ob nach dem Aktenschlusse wegen neu aufgefundenen Beweisen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand statt finde?

## II.

Man muß also einen andern Weg einschlagen, um einen richtigen Begriff vom Aktenschlusse zu erhalten. — Die Gesetze wollen zwar, daß niemand ungehört verurtheilt werde, sie verstatten beyden streitenden Theilen Vertheidigungsmittel, (Verhandlungen) aber sie können nicht wollen, daß die Verhandlungen nach Laune der Partheyen ins Unendliche fortdauern. Sie bestimmen daher bey jeder Lage des Prozesses, wie lange in der Regel der Schriftwechsel bis zum richterlichen Ausspruche fortwähren solle. Die Beendigung der Verhandlungen einer Sache, worin nunmehr ein Urtheil

vom Richter zu fällen ist, macht den Beschluß der Sache aus. — Es gibt also 1) so viele Aktenschlüsse, als es Verhandlungen gibt, auf welche ein richterliches Erkenntniß folgen muß, ehe man im Prozesse weiter fortrückt. Wenn der Beklagte wegen einer forideclinatorischen oder prozeßhindernden Einrede die Einlassung auf die Klage verweigerte, und darüber Verhandlungen entstanden, so ist wegen diesen Einreden ein besonderer Aktenschluß denkbar, ehe man noch im ersten Verfahren zur Kriegsbefestigung fortgerückt war. So gibt es einen Aktenschluß im ersten Verfahren vor dem Interlocut auf Beweis, einen besondern Beschluß der Sache bey dem Beweisverfahren, einen neuen bey Rechtsmitteln u. d. m. 2) Der Aktenschluß entsteht entweder aus Verordnung der Gesetze, wenn die Partheyen jene Zahl von Schriften übergeben haben, welche ihnen die Gesetze erlauben; oder er entsteht durch die Erklärung beyder Theile, daß sie nunmehr, ohne fernere Verhandlungen zu pflegen, die Sache dem Urtheil des Richters überlassen. Die letzte Erklärung hat also nur da eigentlich Nutzen, wenn früher als die gehörige Anzahl von Schriften gewechselt wurde, von den Partheyen submittirt wird,

und

und sie fodert, weil beyde Theile ein Recht auf die gesetzliche Zahl der Verhandlungen haben, die Einwilligung beyder Theile.

## XXIV.

### Die Nothfrist der einzulegenden Appellation kann weder ausdrücklich noch stillschweigend verlängert werden.

(Zu Danz §. 403.)

### I.

Daß die Partheyen durch eine gütliche Uebereinkunft das fat ale interponendæ verlängern können, hat neuerlich Hr. Jan (*) behauptet, und Hr. Danz gibt ihm nicht allein seinen Beyfall, sondern glaubt sogar, daß der Oberrichter, wenn erst nach Ablauf der zehen Tage ein Rechtsmittel eingewendet, und von den Partheyen wissentlich fortgesetzt worden, ein gültiges Urtheil fällen, das Fatale also stillschweigend prorogirt werden könne.

II.

*) Diss. de prorogatione & coarctatione conventionali Fatalis iuterponendæ appellatiouis. Giessen 1787.

## II.

Gegen den ersten Satz hat Hr. Hofr. Klüber *) die gemeine Meynung in Schutz genommen, und ihre Richtigkeit durch folgende Gründe vollkommen erwiesen: 1) Der Zweck aller Nothfristen ist das Staatsbeste, welches mit der Unsterblichkeit der Prozesse nicht vereinbar ist **), und Gesetze, welche auf einer Staatsabsicht ruhen, können durch Privatverträge nicht abgeändert werden. 2) Bey den Appellationssolennien kömmt es nicht allein auf den Vortheil des Appellaten an, die Verordnung der Gesetze ***) ist allgemein, sie erlaubt ohne Distinction keine Fristerstreckung. 3) Das Gleichniß vom Conventionalprozesse paßt nicht hieher. Aussergerichtlich mögen sie nach der Norm ihrer Verträge verfahren, und nach der längsten Zeit auch rechtskräftige Urtheile einer neuen Cognition unterwerfen; wenn sie aber die gerichtliche Bahn des Prozesses wandeln wollen, so müssen sie sich auch jenes gefallen lassen, was die Gesetze in dieser Rück-

*) Kleine Jurist. Bibl. Band 5. S. 476.

**) L. 13. pr. C. de Judiciis.

***) Nov. 23. cap. 1.

Rücksicht vorschreiben. 4) Der L. 5. §. 6. C. de tempor. et reparat. ist älter als das fatale decendii, welches erst durch die Nov. 23. cap. I. eingeführt wurde. 5) von dem fatale prosequendæ und was deßhalb in der Clem. 4. de appellat. vorkömmt, gilt kein Schluß auf das fatale interponendæ; wollte man aber nach dem kanonischen Rechte eine vertragsmäßige Prorogation zulassen, so müßte doch der Consens des Richters hinzutretten. 6) Aber auch dieses kann nach der einmal im Mittel liegenden deutlichen Disposition der K. G. O. nicht mehr statt finden.

III.

Die Kammergerichtsordnung Th. II. Tit. 29. §. 2. (Concept II. 32. §. 1.) verordnet nämlich ausdrücklich: „Wir wollen, daß der Termin von „10 Tagen, in welchen dem verlierenden Theil von „gemeinen Rechten zu appelliren gebührt, keineswegs überschritten, gelängert oder gekürzt werde, „und derhalben kein Richter auf der Partheyen „Ansuchen und Begehren längern Termin, „denn 10 Tag zu appelliren geben soll." Das Concept hat bey dieser Stelle einen besondern Eingang

gang, der aus dem Reichsabschied v. J. 1532. Tit. 3. §. 9. entnommen ist, und welcher ganz die Absicht des Gesetzes beweist, wenn man in die Quelle zurückgeht, aus welcher die Stelle dieses Reichsabschieds genommen ist. Es sind dieß die Dubia Cameralia v. J. 1531. *) welche der Visitation überreicht und durch das Reichsgutachten v. J. 1532. in den Worten erledigt wurden: „Uf den ersten Artickel anfangend: Nachdem sich ꝛc. „achten dieStänd gut zu seyn, daß ein gemeine „Warnung im Reich ausgehen solt, den Termin „der zehen Tag, welcher dem verlierenden Theil von „gemeinen Rechten geben wird, keineswegs zu über„schreiten noch denselben zu kürzen, und derhalb „kein Richter auf der Partheyen Begehr „länger Bedacht zu appelliren geben soll. — Sehr energisch wird jede Prorogation auf Begehren der Partheyen verbothen, von ihnen in der vielfachen Zahl gesprochen, somit nicht blos von jenen Prorogationen gehandelt, welche ein Richter blos auf Ansuchen des Appellanten ertheilt, weil sonst die Stelle des Gesetzes weit anders und weit kürzer hätte abgefaßt seyn müssen.

IV.

*) sie sind im Corpus Juris Cameralis und in Harprechts Staatsarchiv des K. R. K. G. zu finden.

## IV.

Noch weit unrichtiger ist aber der zweyte Satz, daß auch stillschweigend durch Einwendung und Fortsetzung eines Rechtsmittels von beyden Partheyen eine Prorogation geschehen könne. Nach versäumten Fatale tritt die Desertion ipso jure ein, das Urtheil geht in die Rechtskraft über, die Jurisdiction des Appellationsrichters fällt hinweg, und er muß ex officio auf den Desertionspunkt sehen, wenn gleich von der Parthey diese Exception übergangen wurde. Schon im Jahre 1550 wurde dieser Satz als eine unbestrittene Wahrheit zum Grund einer Entscheidung genommen *). Zur nämlichen Meynung bekennt sich Gail **), wenn er sagt: „Appellatione deserta judex appellationis super „causa principali, etiamsi partium consensu acce„dente, cognoscere et pronuntiare non potest, quia „juris

*) Comment ad O. C P. II. tit. 30. no 35. 36. „ „ Appellatio si est deserta, judex appellationis non „ potest pronuntiare super causa principali, quia desiit „ esse judex, etiamsi utraque pars appellationem pro„ secuta fuerit de facto, sed debet pronuntiare, appel„ lationem esse desertam; ita observatum in causa N. „ N 25. Apr. 1550. „

**) Observ. Lib. I obs. 137. n. 1.

„jurisdictio ipso jure revolvitur ad judicem a quo. „Cessante igitur jurisdictione cessat officium judicis et secunda sententia tanquam ab incompetente judice propter desertionem et sic ob defectum judicis prolata non valeret. Debet ergo „judex appellationis, etiam ex officio, parte non „opponente super desertione pronuntiare." Womit auch die übrigen Cameralschriftsteller *) übereinstimmen.

## XXV.

### Muß die Restitution gegen verabsäumte Nothfristen der Appellation bey dem Oberrichter nachgesucht werden?

(Zu Danz §. 423.)

### I.

Die Frage, ob man um Restitution gegen verabsäumte Nothfristen der Appellation bey dem

---

*) *Mynsinger* Cent. 2. obs. 59. *Roding* Pand. Camerales Lib 1. tit. 32. §. 4. 35 —37 *Ludolf* Obs. 76. und in Com. syst. n. 23. *Cramer* Obs. tom. 1. S. 263.

dem Oberrichter, oder bey dem Unterrichter bitten müsse, wird von den mehresten Praktikern gar nicht berührt, und bey jenen, welche sich darüber verbreiten, auf eine nicht ganz befriedigende Weise entschieden; die Wichtigkeit der Frage und die Frequenz der Fälle veranlaßt mich, diesen Gegenstand genauer zu zergliedern.

## II.

Gail *) sagt: „Restitutio in integrum „adversus lapsum fatalium non coram judice a „quo, sed ad quem petenda est — Sed restitu„tio ad appellandum, casu, quo nulla appella„tio fuisset interposita, coram judice a quo peti „debet.“ Blum **) scheint diesem Unterschied beyzustimmen, und Hoscher ***) pflichtet ihm aus dem Grunde bey, weil durch Versäumung des Decendiums nicht sowohl die Appellation desert worden sey, sondern vielmehr gar keine Appellation existire, folglich die Sache an den Oberrichter nicht devolvirt seyn könne. Er glaubt daher, daß die Resti-

*) Observ. Lib. 1. obs. 143. n. 1.

**) process. Cameral. tit. 49. n. 5.

***) Samml. merkwürdiger am k. R. K. G. entschiedener Rechtsfälle Th. 1. obs. 4.

Restitution wegen der versäumten 10 Tage nicht contra desertionem, sondern contra rem judicatam nachgesucht werden müsse, und daß hierüber, da die Gerichtsbarkeit des Oberrichters wegen nicht devolvirter Sache nicht begründet ist, der Unterrichter angerufen werden müsse, worauf erst a denegata restitutione, tanquam a novo gravamine appellirt werden könne.

III.

Sogar durch ein Präjudiz des kaiserl. Reichskammergerichts bestärkt Hoscher seine Meynung, indem am 13. October 1783, in Sache Strußemann contra die Lippe Detmoltsche Justizkanzley folgendes Dekret ergieng: „Ist Supplikant von „hier weg, und an Richtern erster Instanz, um, „wann er will, daselbst mittels Anführung und Er„probung seiner allenfallsigen Causalium restitutio„nem in integrum wider die Rechtskraft der Sen„tenz vom 19. Dezember 1782 nachzusuchen ver„dieser aber, ihn damit rechtlicher Gebühr nach zu „hören, und darüber, was Rechtens, zu erkennen, „angewiesen; wonächst ermeldtem Supplikanten „der Rekurs an dieses K. K. G. unbenommen, „sondern vorbehalten bleibt.“

IV.

## IV.

Nach dieser Meynung käme es also auf den Unterschied an, ob das fatale interponendæ versäumt und gegen dasselbe um Restitution zu bitten sey, oder ob nach eingehaltenem fatale interponendæ gegen eine der übrigen Nothfristen um Restitution gebethen werde; die Cognition über das letzte wird an den Oberrichter, über das erste hingegen an den Unterrichter ausschließend verwiesen.

## V.

Allein nicht zu gedenken, daß von der Praxis der Reichsgerichte nicht unbedingt auf Territorialgerichte geschlossen werden könne, wie denn Hoscher *) dieses selbst über Appellationen bemerkt, mangelt es dieser Lehre sogar bey den Reichsgerichten an Consequenz. — 1) Am 30. August 1783 erkannte das Reichskammergericht in Sache Joh. Jac. Jerobou ejusque sororis contra viduam Matha loco petitæ restitutionis brevi manu, citationem ad videndum se restitui adversus lapsum fatalis requirendorum actorum.**) 2) Am 1. Febr. 1788 wurden

*) B. 1. Abh. 10. §. 9. S. 294.

**) Hoscher c. l. S. 283.

wurden von ihm in Sache Schießerischer Eheleuthe contra Schießer auf Bericht und Gegenbericht prævia restitutione in integrum brevi manu adversus actorum requisitionis ommissionem die gebethenen Appellationsprozesse erkannt (*) — und doch ist auch dies ein Fatale, welches bey dem Unterrichter beobachtet werden muß! — 3) In Sache Eccard und das Appellationsgericht zu Mühlhausen wurde am 14. Junius 1788. dem Richter voriger Instanz verwiesen, daß derselbe über die Appellationssumme mittelst abgenommenen Juramenti sich einige Cognition angemaßt (**), und doch ist ohne Appellationssumme wegen Mangel der Devolution eine Appellation ebensowenig denkbar, als wenn das Fatale der 10 Tage oder der Aktenrequisition versäumt ist —!

## VI.

4.) Der k. Reichshofrath hat am 4. November 1777. in Sache Graf Fugger zu Kirchberg contra Schleicher und Consorten dem Richter voriger

(*) Hoscher Jahrbücher des k. R. K. G. 1. Band 2. Th. S. 96.

(**) Hoscher c. l. S. 276.

voriger Instanz bedeutet, daß ihm nicht gebühret, nach einmal an kais. Majestät von appellantischen Theile interponirten Appellation solche für desert zu erklären *). 5) Noch deutlicher erklärte derselbe in Sache des fürstl. Stifts und Gotteshauses St. Gallen und derselben Obervogteyamt der Reichsherrschaft Neu-Ravenspurg contra Johann Georg Herterich, Kiefermeister zu Heninghofen und das kais. Landgericht in Schwaben der Mahlstadt Ravenspurg, Appell. puncto violati privilegii exemtionis am 28. April 1760. „nachdem es demselben (kais. Landgerichte) keineswegs gebühre, super desertione einer bey kais. Reichshofrathe anhängigen Appellation zu cognosciren, so kassirten K. Majestät sein in hac causa den 6. Mart. a. c. attentative erlassenen Bescheid mit der ernstlichen Verwarnung, sich für das künftige dergleichen widerrechtlichen Verfahrens zu enthalten„ (**). 6.) Am 12 Jun. 1780. gab der Reichshofrath in Sache der Landräthe und Deputirten der Ritterschaft zum engern Ausschuß des Herzogthums Meklenburg contra die Meklenburg. Landschaft appellat. puncto des verweigerten

Bey-

(*) Hanzely Grundriß B. 3 Abth. 1. S. 40. 3.

(**) Hanzely c. l. S. 42.

Beytrags zu den Zinnsen der gemeinsamen Landesschulden, worin am 21 Jänner 1779. eine Ordination erlassen war, ein sehr merkwürdiges Erkenntniß in den Worten: „Nachdem Adpellanten die in den R. Satzungen und dem, dem Herzogl. Hause Meklenburg verliehenen kaiserl. Privilegium de non adpellando vorgeschriebene Formalia nicht hinlänglich beobachtet, und ihnen mit der dagegen gebethenen restitutione in integrum brevi manu bey Ermanglung eines rechtl. causalis um so weniger zu willfahren, als sie in replicis der adpellatischen Einwendung: daß die Erkennung der mandatorum S. C. überhaupt den Meklenburgischen Gerichtsordnungen und der dasigen Judicialobservanz zuwiderlaufe, nichts zu Recht beständiges entgegen setzen mögen; übrigens ist ihnen auch der dem decreto a quo angehängten clausulæ justificatoriæ ungehindert, Falls in der Folge vom Richter erster Instanz solche Einreden zugelassen werden wollten, denen die Rechte in causis Summariis keine Statt finden lassen, dagegen ihre Rechtszuständigkeiten und allenfallsiger Rekurs an kaiserl. Majestät unbenommen bleiben; als wird solchemnach mit Wiederaufhebung der

unter

unter dem 21 Januar v. J. erkannten Appellationsprocesse und des suspensa eorum expeditione sub eodem ergangenen kaiserl. Rescripts die Appellation für desert erklärt. *) — Also war ja bey dem Oberrichter pro restitutione in integrum gegen die bey dem Unterrichter versäumte Nothfristen gebethen und der Reichshofrath erkannte über die Gründe dieses Restitutionsgesuchs, indem er die gebethene Restitution ex defectu causalium abschlug!

## VII.

Ich war in Aufzählung dieser Präjudicien etwas weitläufiger, um einestheils zu zeigen, wie schwankend der Gerichtsgebrauch sey, anderntheils um jene zu beruhigen, welche einen zu großen Werth in den Gerichtsgebrauch zu legen gewöhnt sind, und welche sich von dem Bekenntnisse der Wahrheit abschrecken lassen, sobald ihnen ihr Gegner ein reichsgerichtliches Präjudiz entgegenhält. Weit richtiger werden wir geleitet, wenn wir diese trübe Quelle verlassen, und uns näher an die Theorie anschliessen.

VIII.

*) Hanzely c. l. S. 168. u. 179.

## VIII.

Bey der Appellation ist die Gewalt des Unterrichters suspendirt, und alles dem Erkenntniß des Oberrichters unterworfen. Dieß ist der Gesichtspunkt der ganzen Lehre, der sich vollkommen rechtfertigt, wenn man die bey Appellationen angenommenen Grundsätze zusammen stellt. Zwar muß die Appellation bey dem Unterrichter interponirt, bey ihm um Aktenabschrift (ehemals Aposteln) gebethen werden; aber auch diese Fatalien rechtfertigt der Appellant nur bey dem Oberrichter; — Zwar kann der Unterrichter erwägen, ob die Sache die zur Appellation nöthigen Erfodernisse habe, und da, wo er Mängel entdekt, kann er apostolos refutatorios ertheilen, aber sie sind kein Erkenntniß, man hat nicht nöthig, ab apostolis refutatoriis ad effectum obtinendorum denuo zu appelliren, wie ein Conclusum pleni des k. R. K. G. schon am 16 Februar 1715.*) entschieden hat. — Ganz im Zusammenhang mit dem aufgestellten Grundsatz haben die Reichsgerichte in den oben (V. u. VI.) erzählten Fällen entschieden,

daß

(*) Balemann Visitationsschlusse. S. 259.

daß dem Unterrichter das Erkenntniß über die Desertion einer Appellation oder über ihre Eigenschaften nicht zustehe.

## IX

Dieses wird auch von den Gegner zugestanden (§. II. — IV.) aber auf den Fall eingeschränkt, wenn die Interpositionsfrist eingehalten und nur eine der übrigen Nothfristen versäumt wurde, weil im ersten Fall noch keine Appellation, also auch noch keine Suspensivkraft existirt.

## X.

Allein, wenn allgemein, wo von der Appellation die Rede ist, alles von dem Erkenntniß des Oberrichters abhängt, wenn die Gewalt des Unterrichters hinsichtlich der Appellation suspendirt ist, wenn er nach einmal interponirter Appellation nicht super desertione erkennen, also auch nicht gegen eine verabsäumte Nothfrist in den vorigen Stand wiedereinsetzen kann, so muß eben dieses Rechtens seyn, wenn von einer Restitution gegen die verabsäumte Nothfrist der Interposition die Frage ist. Ich will die Gründe für diese Meynung, welche auch

von andern Schriftstellern *) vertheydigt wird, vollständiger ausführen.

XI.

1) Alle Nothfristen sind Mittel zu einem Zwecke, der Appellation, und sind in den Folgen nicht von einander unterschieden. Das versäumte fatale requirendorum actorum macht die Appellation eben so desert, als sie es durch den Verlauf des Decendiums wird; wenn also dem Unterrichter nicht zukömmt, gegen das erste in integrum zu restituiren, so steht ihm auch diese Macht in Rücksicht auf das fatale interponendæ nicht zu. Sobald der Unterrichter gesprochen hat, ist sein Amt zu Ende.

XII.

2) Die Einhaltung der Nothfristen sowohl bey dem Unterrichter als bey dem Oberricher wird vorausgesetzt, um die Gerichtsbarkeit des Oberrichters zu begründen, denn durch Verabsäumung der Aktenrequisition ist die Appellation nicht weniger desert, als durch Vernachläßigung der Interposition; nun erkennet

(*) Der Reichshofr. in Justiz- und Gnadensachen Th. I. S. 194. Claproth §. 355. Danz §. 423.

erkennt jeder Richter darüber, ob seine Gerichtsbarkeit fundirt sey, folglich kann auch über das fatale interponendæ nicht der Unterrichter, sondern nur der Oberrichter, dessen Gerichtsbarkeit dadurch begründet werden soll, erkennen, oder gegen eine Verabsäumung restituiren.

## XIII.

3) Wenn Hoscher sagt, bey vernachläsigtem fatale interponendæ könne nicht contra desertionem, sondern nur contra rem judicatam Restitution gesucht werden, so ist dieses nichts, als ein Wortspiel, und die daraus entstehende Folge falsch. Desertion der Rechtsmittel und Rechtskraft sind gleichbedeutende Worte, denn jenes Urtheil wird rechtskräftig, wogegen kein Rechtsmittel gültig eingewendet oder fortgesetzt worden; wo das Rechtsmittel desert wird, fangt die Rechtskraft an, denn auch bey versäumten Fatale der Aktenrequisition wird die Appellation desert, folglich das Urtheil rechtskräftig; es läßt sich also keineswegs behaupten, daß man um Restitution contra rem judicatam bitten müsse, sondern man sucht immer Restitution contra neglectum fatale, das fatale sey jenes der Interposition, oder Aktenrequisition oder

jenes

jenes der Introduction. — Eben hieraus folgt aber, daß auch, ohne einen Unterschied unter den verabsäumten Fatalien anzunehmen, immer nur der Oberrichter darüber zu erkennen befugt sey. — Und überhaupt wer wird das Rechtsmittel der Restitution gegen Urtheile (restitutio adversus sententias) mit der so sehr verschiedenen Restitution gegen verabsäumte Nothfristen verwechseln?

## XIV.

4) Noch mehr Täuschung liegt in der Hoscherischen Darstellung, wenn er sagt, ohne Interposition existire eigentlich gar keine Appellation, folglich könne über die Restitution nur der Unterrichter erkennen. Denn hieraus würde folgen, daß er auch über die Appellationssumme erkennen könne, weil ohne sie eine Appellation nicht denkbar ist, und daß nur bey ihm um Restitution gegen das verabsäumte Fatale der Aktenrequisition gebethen werden könne, weil es nach den Gesetzen *) einerley ist, ob etwas gar nicht existi-

(*) Arg. L. 1. §. 2. de Condict. sine causa, „Sive „ab initio sine causa promissum est, sive causa fuit „promittendi, quae finita est vel secuta non est, „dicendum est, condictioni locum fore.“

existirte, oder nachher zu existiren aufhörte — und beydes ist nach den oben angeführten Beyspielen offenbar falsch. — Nebst dem ist aber das Verhältniß der Sache ganz anders, wenn einer um Restitution gegen das verabsäumte fatale interponendae bittet. Die Einhaltung des Fatale ist nicht mehr möglich, sobald es vernachläsigt ist; er setzt also seine Apellation bey dem Oberrichter gerade so fort, als ob er die Fatalien eingehalten hätte, und bittet bey der Rechtfertigung der Nothfristen wegen der verabsäumten Fatalien um Restituton*). — Man räumt also durch die Restitution die Desertion hinweg, und im rechtlichen Sinne ist, wenn die Restitutonsgründe erheblich sind, die Appellation wirklich vorhanden. Bey dem Unterrichter kann keine Handlung mehr vorgehen, also auch nicht bey ihm um Restitution gebethen werden.

XV.

(*) Die Rubrik der Schrift, woraus auch ihre Einrichtung entnommen werden kann, ist gewöhnlich folgende: Einführung (oder Rechtfertigung) der Appellation mit Bitte um Wiedereinsetzung in den] vorigen Stand gegen Verabsäumung des fatalis interponendæ &c. — Das Petitum besteht darinn: prævia restitutione in integrum adversus neglectum fatale in-

XV.

5) Mit der gegentheiligen Meynung würde bey einer Restitution eine Sönderung des Judicii rescindentis und rescissorii eingeführt, und eine Formularjurisprudenz der Römer wieder in das Leben zurückgerufen, welche sogar das neuere römische Recht wegen den damit verbundenen Verschub der Sache verworfen und der Deutsche nie angenommen hatte. Bey dem Unterrichter wäre das Judicium rescindens, dort müßte man erst die Desertion hinwegräumen, ehe man bey dem obern Richter, als dem Judicio rescissorio, die Appellation fortsetzen könnte; und gegen die Entschließung des Unterrichters über das Restitutionsgesuch fände erst eine neue Appellation statt. Welche unnöthige Formeln und Weitläufigkeiten zum offenbaren Nachtheil der Partheyen!

XVI.

Weit einfacher ist der Prozeßgang, wenn jedes Restitutionsgesuch gegen eine verabsäumte Nothfrist bey dem Oberrichter angebracht wird. Alle Weitläufig-

---

interponendae (requirendorum actorum) &c. Appellationsprozesse zu erkennen rc.

figkeiten fallen hinweg, und der Oberrichter gewinnt noch überdieß eine Gelegenheit, die Erheblichkeit der Beschwerden selbst zu prüfen, und bey Unerheblichkeit der Beschwerden unnöthige Prozesse abzuschneiden, indem er entweder nach dem kammergerichtlichen Style omisso puncto desertionis confirmatorie erkennt (*), oder nach dem Style der Territorialgerichte die gebethenen Appellationsprozesse theils wegen verabsäumten Fatalien, theis wegen Mangel der Beschwerden abschlägt.

## XVII.

6) Ganz nach diesen Grundsätzen hat das Reichskammergericht im Jahre 1715 in Sache Leuschering contra Fleischmann, obgleich der Unterrichter das decendium prorogirt hatte, die Appellationsprozesse wegen verabsäumten fatali interponendæ abgeschlagen, und bey dem k. Reichshofrathe ward in Sachen der Gebrüder von Wollzogen contra contradictorem & Commissionem cæsaream im Jahre 1788 ein Termin ad justificandum formalia angesetzt, weil über Beobachtung des Decendiums einiger Zweifel herrschte (**).

Die

(*) Hoscher merkw Rechtsf. B. 1. Rechsf. 10. §. 4.

(**) Der Reichshofr. in Justiz- und Gnadensachen Th. I. S. 194.

Die Meynung, daß ohne allen Unterschied jedes Restitutionsgesuch gegen verabsäumte Fatalien einer Appellation nur bey dem Oberrichter, keineswegs aber bey dem Unterrichter angebracht werden könne, hat demnach die Natur der Sache, den Zusammenhang der Rechtsgrundsätze, den Gebrauch der Territorialgerichte, und sogar reichsgerichtliche Präjudizien für sich, und sie verdient wegen ihren guten Folgen für Abschneidung unnützer Weitläufigkeiten vor jeder andern den Vorzug.

## XXVI.

## Beweis, daß die Nichtigkeitsklage nur bey dem Oberrichter angebracht werden kann. *)

( zu Danz §. 435. )

### I

Daß ein Richter nicht beyden Theilen Recht sprechen kann, ist eine bekannte Sache; besonders wird die Unzufriedenheit der Partheyen in jenen Fällen

*) Eine freye Uebersetzung, der unter dem Titel: Dissertatio de affectu quarelae nullitatis contra sententias devolutivo im Jahre 1792. erschienenen Abhandlung.

len laut, welche sehr verwickelt sind, und bey welchen es nicht offenbar ist, auf wessen Seite das Recht steht; in einem solchen Fall spreche der Richter, wie er wolle, immer wird, wenn auch nicht von beyden Partheyen, wenigstens von einer eine Beschwerde zum Vorschein kommen.

Gefährlich wäre es für die Sicherheit der Unterthanen, also selbst dem erhabenen Zwecke des Staats zuwider, wenn man das Schicksal eines Prozesses und den öfters davon abhängenden Wohlstand einer Familie dem Ausspruch eines einzigen Richters überlassen wollte, welcher manchmal aus Mangel an Kenntnissen oder Rechtschaffenheit, oder aus vielen andern Ursachen zu einem ungerechten, den Partheyen sehr schädlichen Urtheil verleitet werden kann. (*)

Diesem Uebel suchten die Gesetze aller gesitteten Völker dadurch zu begegnen, daß sie mehrere Instanzen anordneten, deren eine nach der andern unter vorausgegangener neuer Verhandlung der Sache untersuchen kann, ob der vorige Richter Recht ge-

han-

(*) Scheidemantel Staatsrecht Th. III. §. 66. seq.

handelt oder geurtheilt habe, und bey denen alle, welche durch das Benehmen des Richters ihre Rechte für verletzt halten, Hülfe suchen können. (*)

Bey Verwaltung der Gerechtigkeit liegt das ganze Interesse des Staats darin, daß Richter angeordnet sind, welche unerschütterlich auf der geraden Bahn der Gesetze fortwandeln, und durch keine menschliche Rücksichten oder niedrigen Eigennutz sich von derselben abbrigen lassen. Für jeden möglichen Fall müssen Rechtsmittel vorhanden seyn, wodurch die von einem Richter verletzte Partheyen Schutz ihrer Rechte finden. (**)

Selbst das Interesse des Richters scheint es zu fordern, daß jenen, die sich für verletzt halten, Rechtsmittel verstattet werden; denn der erste Trost eines guten Gewissens besteht darin, seine Handlungen offen hinzulegen, und ein Zeugniß seiner geraden Hand-

(*) Pütter diſ. de querelae nullitatis et appellationis coniunctione (Göet. 1759) in deſſen opuſcul. rem iud. imp. illuſtr. S. 305.

(**) G. L. Böhmer de remediis ſyndicatus §. 1. in Elect. Tom. 2. pag. 116.

Handlungsweise zu erhalten. — Ein Trost, den jeder Richter, ohne Einführung der Rechtsmittel, entbehren müßte.

## II.

In diesen Betrachtungen liegt der Ursprung der Rechtsmittel gegen Aussprüche des Richters, ein allgemeiner, mit dem Bürgerrechte begabter Namen, wodurch einer auf Abstellung einer ihm durch ein richterliches Erkenntniß zugefügten Beschwerde bey Gericht anträgt. (*) Unter diesem gemeinsamen Namen begreift man alle Rechtsmittel, welche entweder vom gemeinen Rechte, oder durch Particulargesetze in manchen Ländern für die streitenden Theile eingeführt sind.

Unter den verschiedenen Eintheilungen der Rechtsmitel verdient eine nach dem Zweck dieser Abhandlung besonders ausgezeichnet zu werden.

Entweder überlassen die Rechtsmittrl die Entscheidung der Sache dem vorigen Richter, und zwar ent-

(*) G. L. Böhmer de remedio reuisionis §. 1. in eius El. juris ciu. T. II. pag. 84.

entweder vor den nämlichen Personen, oder einem andern Referenten, einem andern Senate, durch Versendung der Akten an auswärtige unpartheyische Rechtsgelehrte — oder sie bringen den Streit an den höheren Richter. — Jene werden von ihrer Würkung Devolutivmittel genannt, diese haben die Devolutivkraft nicht, und können nichtdevolutive Rechtsmittel genennt werden. (*)

III.

Beyde Arten von Rechtsmitteln sind in ihren Würkungen sehr verschieden. Die erstern sind den Gesetzen des Obergerichts, bey dem sie verhandelt werden, wegen der Summe der Beschwerden und wegen andern Feyerlichkeiten unterworfen, welches bey den nichtdevolutiven Rechtsmitteln offenbar hinwegfällt. — Eine Verschiedenheit, welche in Deutschland die wichtigsten Folgen nach sich ziehet, wenn man nur bedenkt, daß an die Reichsgerichte Rechtshändel in zweyter Instanz nicht gebracht werden können, wenn die Beschwerde nicht die Ordinationssumme oder die privilegirte Summe der Ar-

men

(*) Pütter a. a. O.

men betrifft. Eben diese Verschiedenheit der Würkungen bewährt es, daß die Frage, ob einem Rechtsmittel die Devolutivkraft beyzulegen sey, oder nicht? sehr wichtig ist.

Von den mehrsten Rechtsmitteln ist diese Frage zwar unbestritten, aber über die Devolutivkraft der Nullitätsklage herrscht unter den angesehensten Rechtsgelehrten eine auffallende Verschiedenheit der Meynungen. Schon von den ältesten Zeiten her dauert diese Uneinigkeit, und doch gab sie noch nie, worüber man sich gewiß wundern darf, den Stoff zu einer in besondern Schriften geführten literarischen Fehde; es scheint daher keine überflüssige Arbeit zu seyn, wenn man dieser Frage eine besondere und genauere Ausführung widmet.

## IV

Unter der Nichtigkeitsklage verstehe ich eine Imploration an den Richter, daß er ein vorhergehendes Urtheil für nichtig erkläre. Dieses Rechtsmittel gründet sich schon auf bestimmte Verordnungen

des

des römischen Rechts (*), das canonische Recht (**) bekräftigt es, und die Reichsgesetze (***) bestätigen dasselbe ausdrücklich. Sein Vorzug besteht darin, daß ein nichtiges Urtheil innerhalb dreyßig Jahre angefochten werden kann, wogegen ein unbilliges Erkenntniß durch die Einlegung der Berufung innerhalb 10 Tagen von Beschreitung der Rechtskraft verhindert werden muß; eben dieser Vorzug war die Ursache, daß die Advocaten in ältern Zeiten fast bey jedem vernachläßigten Fatale der 10 Täge darüber stritten, ob ein Urtheil null und nichtig, oder ob es blos unbillig sey.

Alle diese Streitigkeiten, welche der Mangel an gesetzlicher Bestimmung der nichtigen Urtheile nähr-

---

(*) T. T. ff. quae sententia sine appellatione. Cod. Lib. 7. Tit. 43. 48. 56. 58. 64.

(**) Cap. 1. et 13. X. de sentent. et de re jud. Cap. 26. de reg. jur. in 6to.

(***) Schon die K. G. O. 1521 Tit. 21. §. 1. kannte dieses Rechtsmittel, indem sie verordnete: „Daß an „den Untergerichten aus Einfältigkeit, Unfleiß- oder „bisher geübten Mißbräuchen nichtige Prozesse „und Nullitäten je zu Zeiten befunden worden.„ Die Geschichte der Gesetzgebung liefert Pütter c. l. pag. 311.

nährte, wollte man endigen, man setzte also in dem jüngsten Reichsabschiede (*) den Unterschied zwischen heilbaren und unheilbaren Nichtigkeiten fest, deren erstere mit der Appellation nothwendigerweise verbunden werden sollen, die erstern aber der Disposition der gemeinen Rechte überlassen werden, also nach der Verordnung des römischen Rechts noch innerhalb dreyßig Jahren eine besondere Klage begründen (**).

V.

(*) R. I. N. §§. 121. 122. „Indeme auch nunmehr „von vielen Jahren hero mit vieler Zeitverlierung un„nöthiger Dingen vielfältig disputirt worden, ob sen„tentia nulla oder iniusta sich erhalte, und zwar darum „allein, daß a sententia nulla in dreyßig Jahren die „Klage prosequirt, a sententia iniqua aber intra „decendium appellirt werden kann und solle, so soll „zur Verhütung dergleichen unnöthigen Gezänks in allen „beyden Fällen, d. i. a sententia tam nulla quam „iniqua das fatale interponendae obseruiret, dar„über auch hinfüro bey unserm Kammergericht ståt und „festiglich gehalten werden; bey denjenigen Nullitäten „aber, welche insanabilem defectum aus der Per„son des Richters, oder der Parthey, oder aus den „substantialibus des Prozesses nach sich führen, ver„bleibt es bey der Disposition der gemeinen Rechte.

(**) Tafinger Instit. Iurisprud. cam. sect. III. §. 663.

## V.

Heilbare Nichtigkeiten heißen nach dem Sinne dieses jüngsten Reichsabschieds jene, welche geheilt werden, wenn gegen das Urtheil innerhalb 10 Tagen die Appellation nicht eingewendet wurde; zu den Unheilbaren aber werden jene gerechnet, welche nicht geheilt werden, wenn auch in 10 Tagen eine Appellation dagegen nicht eingelegt worden.

Daß diese Entscheidung keinen glücklichern Erfolg hatte, gebe ich Pütter (*) gerne zu; denn, so wie man ehedem darüber stritt, ob das Urtheil unbillig oder nichtig sey, so streitet man heutzutag darüber, ob die Nullität heilbar oder unheilbar sey. Indessen würde es mich zu weit von meinem Endzwecke abführen, wenn ich hier den Versuch machen wollte, die wahren Gränzlinien zwischen heil-

baren

(*) Pütter Epit. Proc. Imp. §. 215. Sch. d. Aug. Quil Meier Comm. de nullitate sententiarum sanabili et insanabiii Goett. 1777. cl. Schnaubert Erörterung der Lehre von heilbaren und unheilbaren Nullitäten. Giesen 1120. 8.

baren und unheilbaren Nullitäten zu ziehen, wohin schon die Bemühungen Pütters(*) gerichtet waren. Wie dem sey, nach der Verordnung des besagten jüngsten Reichsabschieds muß nun einmal die Eintheilung der Nullitäten in heilbare und unheilbare bey Beantwortung der aufgestellen Frage zu Grund gelegt werden.

## VI.

Soviel nun I. heilbare Nichtigkeiten angeht, so können diese nicht anders, als in Verbindung mit der Appellation, vorgebracht werden, sie sind nach der Verordnnng des jüngsten Reichsabschieds an gleiche Fatalien und Feyerlichkeiten, wie die Appellation gebunden, woraus Pütter(**) mit Recht den Schluß zieht, daß sie sich von der Appellation nur dem Namen nach, keineswegs aber in irgend einer rechtlichen Wirkung unterscheiden. Wer nun an den Namen Nullitätsklage bey heilbaren Nichtigkeiten haften will, der mag es, aber er hüte sich, des Namens wegen ihr andere Rechte und Würkungen beyzulegen, als welche bey der Appellation eintreten.



(*) cit. diss. §. 20.

(**) Pütter. c. l. §. 23. 24.

VII.

Der Grund, worauf bey heilbaren Nichtigkeiten meine Meynung ruht, fällt II. bey unheilbaren Nullitäten hinweg, wegen welchen man allein, auch ohne Verbindung mit der Appellation sich beklagen kann; daher kömmt auch die große Uneinigkeit unter den Rechtsgelehrten, deren einige es der Willkühr des Querulanten überlassen, ob er bey dem vorigen, oder dem höheren Richter seine Nullitätsklage anbringen will; andere Rechtsgelehrte hingegen schließen alle Willkühr des Querulanten aus, und verweisen die Nichtigkeitsklage lediglich an den Oberrichter.

Für die erste Meynung erklären sich die mehrsten Rechtslehrer, aus welchen nur die vorzüglichsten und neuesten hier genannt werden sollen (*), da sie fast

(*) Stryk. introd. ad praxin forensem Cap. 23. §. 26.
Vantius de nullitatibus Tit. coram quo nullitas.
Knorre Anleitung zum gerichtlichen Prozeß, Hauptst. 25. §. 8.
Cramer Instit. jur. cam. §. 1338.
Claproth Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Prozeß Th. II. Hauptst. 24. Seite 598.
Oeltze Anleitung zur gerichtlichen Praxis p. 452.
Danz Grundsätze des gemeinen Prozesses §. 435. Nro. 2.

fast alle nichts als ihre Meynnng, ohne besondere Ausführung der Gründe, vortragen. Selbst dieses Verzeichniß der Schriftsteller, welches bequem noch einmal so groß hätte gemacht werden können, beweißt hinlänglich, daß die Sache abgethan ist, wenn sie nach Autorität, nicht nach Gründen, entschieden werden soll. Wenn aber das Uebergewicht der Gründe uns bestimmen darf, so verdient jene Meynung den Vorzug, welche die Nichtigkeitsklage ausschließend der Gerichtsbarkeit des höhern Richters unterwirft; auch sie hat Männer für sich, welche den Gegnern, wo nicht an der Zahl, gewiß am Ansehen gleich sind; unter ihnen stehen Tafinger (*), Pütter (**) und Brainl (***) an der Spitze, welche so unbedingtes Vertrauen in ihre Meynung setzen, daß sie selbst in den Begriff der Nichtigkeitsklage die Devolutivwürkung aufnehmen; Ludolf (****) endlich hält die Meynung jener für vernünf-

(*) Instit. iurisp. cam. sect. III. §. 667.

(**) Introd. in rem. iud. Imperii §. 410.

(***) Grundsätze über die Praktik der beyden höchsten Reichsgerichte (Wien 1776. 8,) §. 882.

(****) Comment. sist. de iure camerali sect. 1. §. 13. womit Voetius Comm. ad Pand. Lib. IV. Tit. 1. §. 8. übereinstimmt.

nünftiger, welche die Nullitätsklage bey dem Unterrichter nicht zulassen.

## VIII.

Schon die gesunde Vernunft und allgemeine Rechtswahrheiten scheinen diese Devolutivwürkung zu fordern. Den beschwerten Theil an den beschwerenden Richter verweisen, widerspricht jeder guten Organisation der Gerichte und den Gesetzen (*), weil es dem beschwerenden Richter die Gelegenheit öffnet, den Mißbrauch seiner Gewalt zu vergrößern. Was enthält aber die Meynung meiner Gegner anders, als eine Verweisung des beschwerten Theils zu dem beschwerenden Richter?

Hiezu kömmt, daß der größte Theil unheilbarer Nichtigkeiten aus einer Bosheit, Unwissenheit oder groben Nachlässigkeit des Richters herfließen, folglich die Nullitätsklage zwar nicht eigentlich (**), doch

(*) L. 6. C. de appellat. (VII. 62.)

(**) wie ich mit Iaup diss de privilegiorum de non appellando S. R. I. statibus concessorum effectu quoad querelas nullitatis (Giesae 1777) §. 4. behaupte.

doch aber in gewisser Rücksicht nicht blos als ein Rechtsmittel gegen Urtheile, sondern auch als eine gegen den Richter geführte Beschwerde angesehen werden kann (*). Wenn es nun schon im Begriffe einer Querel (**) liegt, daß sie bey dem höhern Richter, dem der vorige Richter unterworfen ist, angebracht werde, so scheint dieß bey der Nullitätsklage in einem hohen Grade nothwendig zu seyn, indem sonst der Unterrichter in eigener Sache, oder, um

mit

(*) Ludolf obs. part. 1. obs. 34. p. 100. de Canngieser decis. supremi Tribunal. Hassiaco Casselani Tom. IV. dec. 118. Ludolf in der Comm. syst. de jure Camerali Sect. I. §. 14. n. 7. bemerkt aus diesem Grunde, daß die Gerichtsbarkeit des K. R. K. G. bey Nullitätsklagen zuweilen im Wege eines Mandati S. C. fundirt werden könne.

(**) Selbst die Reichsgesetze unterscheiden schon durch Worte die Devolutivmittel von den Nichtdevolutiven, indem sie die ersten mit dem Namen Klage, die letzten mit dem Namen Supplication bezeichnen. So wird in der K. G. O. 1521. tit. 21. §. 1. die Appellation „Klage auf Iniquität,„ und die Nullitätsklage „Klage auf Nichtigkeit,„ genannt; dahingegen erlaubt der Dep. Absch. v. J. 1600 §. 16. und der J. R. A. §. 113. den Partheyen, um die Revision „anzusuchen.„

mit Gail (*) zu sprechen, über seine eigene Schande und Ungerechtigkeit erkennen und zum Richter sich aufwerfen würde.

## IX.

Einige Gerechtigkeit lassen die Gegner den angeführten Gründen dadurch wiederfahren, daß sie wenigstens zugeben, es sey der Klugheit angemessener, wenn man die Nullitätsklage bey dem höhern Richter anbringt. Allein diese Gründe scheinen mehr, als eine blose Vorsichtsregel zu beweisen. Wie? wenn die Nichtigkeit darin besteht, daß der vorige Richter jene Gattung von Gerichtsbarkeit, zu welcher die entschiedene Sache gehört, gar nicht besitzt? Will man auch da gegen alle Forderungen der Natur der Sache und der Gesetze (**) die Nullitätsklage bey dem vorigen ganz incompetenten Richter zulassen? Es kann also Fälle geben, wo es baare Unmöglichkeit ist, die Nichtigkeitsklage bey dem Richter anzubringen, der das nichtige Erkenntniß gab. Da nun zur Einförmigkeit im Verfahren

(*) Observ. Lib. 1. obs. 127. num 7.

(**) Cap. 26. X. de reg. iur. in 6to.

ren und Urtheilen die Reichs- und andere Gerichte von den Reichsgesetzen an mehr als einer Stelle verbunden werden, so verdient gewiß eine Meynung vor jeder andern den Vorzug, welche der Natur der Sache mehr angemessen, den Partheyen vortheilhafter, deshalb in allen Gerichten üblicher und in allen Fällen anwendbar ist. Aber ich will näher zu den Gründen übergehen, welche mir die Gesetze anbiethen.

X.

Setze man doch, die Sache wird zur neuen Cognition dem vorigen Richter unterworfen, was wird wohl hieraus entstehen? Der Richter mag für den Sieger oder für den Querulanten sprechen, er wird nie den Vorwürfen entgehen; denn wenn der Querulant unterliegt, so wird er den Richter eines Starrsinns beschuldigen, und sein Gegner wird über Unbeständigkeit klagen, wenn er nun verliehrt, da ihm vorher der Sieg zugesprochen war. Immer wird der bey dem zweyten Erkenntniß unterliegende Theil die Sache im Weg der Apellation an den höhern Richter bringen, und dann ist es doch offenbar, daß dadurch, wenn man es der

Will-

Willkühr des Querulanten überläßt, ob er sich an den vorigen oder den höheren Richter wenden will, ein unöthiger Verzug der Sache und eine Vervielfältigung der Instanzen entstehet, welche von den Reichsgesetzen, es geschehe auf eine directe oder indirecte Weise, an mehr als einer Stelle ausdrücklich verbothen ist (*).

## XI.

Das stärkste analogische Argument biethet die Devolutivkraft der Apellation an. Sie beruht blos in einer Unbilligkeit, und dennoch entziehen die Gesetze dem beschwerenden Richter die Macht, über die Frage, ob sein Urtheil eine Unbilligkeit enthalte, zu erkennen; wo soll wohl der Grund liegen, Nullitätsklagen dem Erkenntniß des beschwerenden Richters zu überlassen? Vielmehr muß man sich durch die Betrachtung, daß eine größere Unbilligkeit oder Ungerechtigkeit nicht gedacht werden kann, als eine unheilbare Nullität (**), davon überzeugen, daß die

(*) Mathaeus Ioseph. Schick diss. de illicita instantiarum multiplicatione. (Giesae 1788.)

(**) Roding Pand. Camer. Lib. 1. Tit. 19. §. 44. Adde Neurodes Erleuter. des jüngsten Reichs Absch. Anmerkung 258. §. 3.

die Nichtigkeitsklage nicht weniger als die Appellation der Gewalt des Oberrichters ausschließend zuzuschreiben ist.

Bewogen durch diese Gründe haben die Reichsgrundgesetze (*) den Reichsgerichten die Aufsicht gegen die Untergerichte aufgetragen, damit sie bey Verwaltung der Gerechtigkeit nicht unrichtig zu Werk gehen; sie befehlen sogar, einen Richter, der unrecht handelte, durch den Reichsfiscal zur Strafe ziehen zu lassen. Wenn nun die Reichsgesetze ein unge-

*) R. I. N. §. 109 „Wann sich auch aus denen an bemeld„ten unserem kaiserl. und des heil. Reichs Cammer Ge„richt durch Appellation oder sonsten eingebrachten Recht„fertigungen entweder von wegen Ersetzung der Ge„richten, oder Administrirung der Justitien einiger „Mangel oder sonsten in facto genugsam verificiret „befinden würde, daß aus des Richters Ungeschicklich„keit oder Unerfahrenheit auch Versäumniß, Corrup„tion oder Bosheit zu Jemandens Präjudiz, Nach„theil und Schaden geurtheilt und gesprochen, das „Recht versagt, oder verzogen worden wäre, so soll „gegen der schuldhaften Obrigkeit sowohl, als deren „geordneten Unterrichtern gebührende Bestrafung für„genommen, und durch unsern kaiserlichen Fiscal zu „Einbringung solcher Straf, wie sich gebührt, ver„fahren werden 2c.

ungerechtes und unbilliges Erkenntniß gleich strafwürdig erklären, warum sollen nicht auch beyde die Devolutivwürkung hervorbringen?

## XII.

Nach diesen, aus der Natur der Sache und der Rechtsanalogie entnommenen Gründen gehe ich auf die Verordnungen der Gesetze über. Die Dispositionen des römischen Rechts können hiebey nach den Worten des jüngsten Reichsabschieds (*) nicht übergangen werden, weil derselbe in Hinsicht der unheilbaren Nullitäten es bey den Verordnungen der gemeinen Rechte beläßt, sich also eines Ausdrucks bedient, mit welchem die Reichsgesetze das römische Recht zu bezeichnen pflegen (**)

Dieses römische Recht faßt unter der allgemeinen Benennung: quando provocare non est necesse, oder quae sententia sine appellatione rescindatur auch die Nullitätsklage als ein ausserordentliches Rechtsmittel gegen beschwerende Erkenntnisse des Rich-

(*) §§. 121. 122. welche oben wörtlich eingerückt wurden.

(**) Pütters Beyträge 2ten Theil S. 41. et 93.

Richters in sich. In einer deutlichen Stelle (*) verweißt es die Richtigkeitsklage an den obern Richter, aus dem durchgreifenden Grunde, damit der Streit nicht ohne Noth verzögert werde. Dieser allgemeine Grund (vergl. §. X.) und diese klare Verordnung beweisen, auch ohne nähere Ausführung, daß meine Meynung fest im römischen Rechte begründet ist.

Ich will aber nicht länger bey Quellen verweilen, welche manchem trüb scheinen könnten; ich gehe daher zur reinern Quelle der Reichsgesetze über, woraus die Wahrheit meiner Meynung sicherer bewiesen werden kann.

## XIII.

Man folge also unserer vaterländischen Gesetzgebung von Schritt zu Schritt! Die Kammergerichts-

(*) L. 6. C. quando prouocare non est necesse. „Cum non eo die, quo Praeses Prouinciae praecepit, iudex ab eodem datus pronuntiauerit, sed „ductis diebus alieniore tempore sententiam de„disse proponatur: ne ambages frustra interpositae „prouocationis ulterius negotium protrahant, prae„ses prouinciae superstitiosa appellatione submota ex integro inter vos cognoscet.

richtsordnung vom Jahre 1521. ist das erste unserer Reichsgesetze, welches von der Nullitätsklage Meldung macht. Es bestätigt dieses, im römischen Rechte begründete, und durch den Gebrauch auch beym R. K. G. eingeführte Rechtsmittel (§. IV.), und verordnet, daß es nur allein in Verbindung mit der Appellation gebraucht werden könne, damit der Verzug zweyer Rechtfertigungen über Iniquität und Nullität, welche vorher am K.G. üblich waren, abgeschnitten werde (*). Aus eben dieser nothwendigen Verbindnng der Nullitätsklage mit der Appellation folgt augenscheinlich, daß die Nullitätsklage nur allein bey dem Oberrichter angebracht werden konnte, und der Wahl der Parthenen gar nicht überlassen war, sich mit ihrer Klage an den vorigen Richter zu wenden.

Ein

(*) O. C. 1521. Tit. 21. §. 1. „wo Jemand am C. „G. die Nullität oder Nichtigkeit voriger Rechtferti„gung vorzuwenden gedächte, soll er solche Klage samt „der Klage auf die Iniquität, Beschwerung und Un„gerechtigkeit — alternatiue und miteinander gleich „einzubringen schuldig seyn ꝛc. Also wird dadurch der „Verzug zweyfacher Rechtfertigungen, so an dem K. „C. G. bisher nach einander hat beschehen mögen, ab„geschnitten, und gefährliche Verlängerung vermieden.„

Ein klares Reichsgesetz hat demnach bey Nullitätsklagen alle Gewalt des Unterrichters aufgehoben, und die Gerichtsbarkeit des Oberrichters ausschließend begründet (*)! Auch die nachfolgenden Reichsgesetze haben diese Devolutivwürkung der Nullitätsklage keineswegs aufgehoben, sondern vielmehr bestätigt.

## XIV.

Die Verordnung, welche im vorhergehenden §. dargestellt wurde, hat die K.G.O. 1523. fast mit den nämlichen Worten (**) wiederhohlt, und nur den Beysatz (***) gemacht, daß auch über Nullität allein Beschwerde zu führen, erlaubt seyn soll;

(*) Daß zu dieser Zeit die erst 1654. eingeführte Eintheilung der Nichtigkeiten in heilbare und unheilbare noch nicht bekannt war, diese Verordnung also zunächst auf die Nichtigkeiten geht, welche heutzutag zu den unheilbaren gerechnet werden, bedarf kaum einer Bemerkung.

(**) Tit. 5. §. 6.

(***) cit. tit. 5. §. 7. „Wo aber die Nullität alleine vor„genommen wird, soll derselben halber, wie in extra„ordinariis angezeigt ist, in den Terminen fortge„fahren und procedirt werden.„

soll; vor welchem Richter die Klage zu führen sey, ist in diesem Gesetze nicht einmal berührt, noch weniger entschieden.

Eben deshalb scheint mir aber diese Verordnung zu fordern, daß auch die allein vorgetragenen Nullitätsklagen nicht weniger, als jene, die mit der Appellation verbunden waren, zur ausschließenden Gerichtsbarkeit des Oberrichters gehören, weil eines Theils dieses Gesetz das vorige abänderte, somit streng ausgelegt werden muß, andern Theils dasselbe nur die Art, die Nichtigkeitsklage vorzubringen, abänderte, folglich durch sein Stillschweigen über den Gerichtsstand dieser Querel, die im vorhergehenden Gesetze als absolut nothwendig anerkannte Devolutivkraft begnehmigte.

## XV.

Aus diesen beyden K. G. O. wurde der 34. Titel 3. Th. der K.G.O. 1555, oder der 40. Titel 3. Th. des Concepts der verbesserten K.G.O. v. J. 1613. zusammengesetzt, und auch dieser hat die vorhergehenden Verordnungen nicht aufgehoben, sondern vielmehr die einmal als nothwendige Folge erklärte Devolutivkraft der Nichtigkeitsklage bestätigt.

Die

Die beyden Arten, über Nullitäten zu klagen, nämlich entweder allein (seorsim), oder verbunden mit der Appellation, wurden nunmehr in den Worten unterschieden, daß man im ersten Fall sagte, die Nullität werde principaliter angestellt, im letzten Fall, sie werde incidenter vorgenommen; hierbey wurde nun das Verfahren jenem der Appellation gleich gestellt, nur mit der Ausnahme, wenn es eine öffentliche Nullität wäre, welche in der andern Instanz nicht ratificirt werden mögte (*), wo alsdann der

(*) O. C. 1555. P. III. tit. 34. & C. O. C. tit. 40. §. 2. & 3.

§. 2. „Und soll die Nullität, so incidenter und nicht „principaliter vorgenommen, neben und mit der Ini„quität zugleich auf alle Termine ausgeführt, und in„massen, wie oben von Appellationssachen gesetzt ist, „procediret und gehandelt werden; es wäre dann Sach, „daß sich aus den actis erster Instanz eine öffentliche „Nullität befände, welche in anderer Instanz nicht „ratificirt werden mögte. Alsdann sollen unser Cam„merrichter und Beysitzer, auch vor der Kriegsbefesti„gung und ex officio darüber endlich zu sprechen, und „zu erkennen Gewalt und Macht haben.„

§. 3. „Wo aber von Urtheilen nicht appellirt, son„dern auf die Nullität principaliter und allein ge„klagt würde, soll derselben halben in extraordinariis, „wie in anderen dergleichen Sachen simplicis quere„lae fortgefahren und procedirt werden.„

der Prozeß der simplen Klage beybehalten werden sollte.

Hier wurden demnach nicht nur die vorhergehenden Verordnungen stillschweigend genehmigt (§. XIII. XIV.), sondern auch ausdrücklich in dem hohen Grade bestättigt, daß man die Meynung bestimmt erklärte, Nullitäten könnten nur von dem höhern Richter gehoben werden.

XVI.

Wendet man sich zu dem jüngsten Reichsabschied (*), welcher im ganzen Prozesse durch die heilsamsten Verbesserungen Epoche machte, und auch den neuen Unterschied zwischen heilbaren und unheilbaren Nichtigkeiten (§. V.) einführte, so fodert auch der Geist desselben, daß die Klagen über unheilbare Nichtigkeiten eben so als wegen heilbaren an den Oberrichter gebracht werden müssen.

Seine Absicht war, den vergeblichen Streitigkeiten der Partheyen, ob das Urtheil mit Iniquität oder mit Nullität behaftet sey, ein Ende zu machen; er führte also alles auf die neue Eintheilung der Nullitäten

(*) §§. 121. u. 122. oben §. IV.

litäten in heilbare und unheilbare zurück (§. IV.), stellte beyde einander gleich, verwieß die heilbaren Nullitäten zur ausschliessenden Gerichtsbarkeit des höhern Richters, und stellte zwischen beyden nur den einzigen Unterschied auf, daß die Klage über heilbare Nullitäten auf das bey Appellationen übliche Fatale von 10 Tagen eingeschränkt sey, bey unheilbaren Nichtigkeiten aber, auch ohne dieses Fatale eingehalten zu haben, noch innerhalb 30 Jahre eine Klage statt finde.

Hieraus folgt augenscheinlich, daß beyde Nullitäten alle übrigen Erfodernisse und Würkungen, worin sie das Gesetz nicht von einander unterscheidet, mit einander gemein haben, folglich auch eine wie die andere nothwendiger Weise bey dem höhern Richter angebracht werden muß, um da mehr, als diese Devolutivwürkung in ältern Gesetzen begründet und durch neuere Gesetze nicht abgeschafft, vielmehr bestärkt wurde; auch in dem Grade es nothwendiger ist, unheilbare Nichtigkeiten nur bey dem höhern Richter austragen zu können, als sie sich vor den heilbaren Nichtigkeiten durch ihre Wichtigkeit auszeichnen.

## XVII.

Diese Auslegung der Reichsgesetze wird durch die Praxis der beyden höchsten Reichsgerichte vollkommen unterstützt. Man findet nämlich zwar in der K. G. O. (*) und der R. H. R. O. (**) unter den Rechtsmitteln gegen die Aussprüche der höchsten Reichsgerichte auch die Nullitätsklage aufgezählt; aber nach dem Zeugnisse bewährter Rechtsgelehrten findet sie so wenig bey dem Reichskammergerichte (***) als

(*) O. C. 1555. Part. III. Tit. 53. & Conc. O. C. P. III. Tit. 63.

(**) Ord. jud. Imp. aul. tit. 5. §. 7. „Dafern sich ein „oder anderer Theil durch die am kaiserlichen Hofe ge„fällte Urtheil gravirt zu seyn vermeinen, und dan„nenhero entweder per viam nullitatis, syndica„tus, restitutionis in integrum oder sonst einig ande„res in Rechten zugelassenes Mittel, dadurch die Ur„tel infirmirt werden könnte, vor und an Hand neh„men wollte, das soll ihm vermöge Münsterschen Frie„densschlusses art. 5. §. 20. per viam supplicationis zu thun erlaubt sey."

(***) Jo. Jac. Zwierlein in Concept. der Kammer-Gerichts-Ordnung mit Anmerkungen (Giesen 1744.) S. 598. macht zu dieser Stelle der K. G. O. die Anmerkung: „Niemand lasse sich aber durch dieses Wort „verführen, zu glauben, als ob eine Nullitäts-

Klage

als dem Reichshofrathe (*) statt; sondern es wird vielmehr, wenn ohne das Rechtsmittel der Revision oder Syndicatsklage einer zur Nichtigkeitsklage seine Zuflucht nehmen wollte, die Querel verworfen, und gegen den Procurator eine Strafe verhängt (**); welches einen deutlichen Beweis liefert, daß selbst die Reichsgerichte bey einer Nullitätsklage einen höhern Richter, als die nothwendige Bedingung derselben, voraussetzen, und sie bey dem nämlichen Richter für unzuläsig erkennen.

## XVIII.

Vollkommen müssen die bisher aus der Reihe der Reichsgesetze entnommenen Schlüsse, wenn von Be-

„Klage wider die kammergerichtlichen Urtheile einzuführen erlaubt sey. Keineswegs, denn die Reichsgesetze „haben zwey Rechts-Mittel, nämlich restitutionem „in integrum et revisionem, worunter die Syndicats-„Klage mit verstanden wird, vorgeschrieben, und ausser „diesen kein anderes verstattet." Pütter in Introd. in rem judiciariam Imperii. §. 579.

(*) Uffenbach tr. de excelciss. Consilio Imperiali aulico p. 263. de Neumann princip. processu Jud. Imp. aulici §. 41. lit. h.

(**) Tafinger Instit. Jurispr. Camer. sect. III. §. 1065. not. g.

Begründung der reichsgerichtlichen Gerichtsbarkeit wegen Nullitätsklagen die Rede ist, befriedigen, und wenn man die Sorgfalt kennt, womit die Reichsgerichte gegen jeden, auch nur indirecten Eingriff in ihre Gerichtsbarkeit und gegen jede Vervielfältigung der Instanzen eifern (*), so läßt sich kaum zweifeln, daß die Reichsgerichte, wenn ihnen etwa ein Fall vorkäme, wo eine reichsständische Regierung in einer an ein Reichsgericht devolublen Sache die Nullitätsklage gegen ihren eigenen Ausspruch angenommen und darinn erkannt hätte, dieses als einen Eingriff in die reichsgerichtliche Jurisdiction und als eine unerlaubte Vervielfältigung der Instanzen ansehen und behandeln würden.

Ob aber aus dieser Quelle auch für die Gerichte in reichsständischen Territorien der Nullitätsklage die Devolutivkraft beyzulegen sey, könnte noch in Zweifel gezogen werden. Allein man bedenke, daß die Landesgerichte nicht allein die Form der Reichsgerichte nachgeahmt, sondern auch ihren Prozeßgang nach den Ordnungen der Reichsgerichte gemodelt haben,

(*) Schick in der oben (§. X.) angeführten Dissertation liefert viele Beyspiele aus Erkenntnissen der beyden höchsten Reichsgerichte.

haben (*), und daß selbst die Reichsgeseze (**) zu befehlen für gut fanden, daß die Ordnungen der Landesgerichte mit den Gesezen und dem Prozesse des Reichs, soviel möglich, übereinstimmen.

Was diese Urverfassung der Territorialgerichte und die ältern Reichsgeseze erfodern, wiederholt mit den

(*) Pütter Progr. de necessaria in academiis rei judiciariae imperii cultura (Goett. 1748.) §. 6. sqq. in opusc. rem judic. imperii illustr. pag. 10. sqq.

(**) C. O. C. Part II. tit. 31. §. 9. entnommen aus dem Dep. Absch 1600. §. 15. „Dieweil die höchste Nothdurft erfodert, daß in allen Churfürstenthümern, Fürstenthümern, Landen, Herrschaften und Orten, wo „die im heil. Reich begriffen, die Unter-Ober- und „Hofgerichte, in denen Orten es noch nicht geschehen, „in eine gute richtige, den Rechten, Reichs- und Kammer-Gerichts-Prozessen gemäße Ordnung, so viel „nach eines jeden Orts Gelegenheit immer ersprießlich „seyn wird, gebracht, und darauf festlich gehalten werde; „so wollen wir hiemit allen und jeden Churfürsten, „Fürsten und Ständen des Reichs ernstlich auferlegt „und befohlen haben, solche Anordnungen ihren ihrer „Unter-Ober- und Hofgerichte zum allerehesten ihnen „und des Reichs Unterthanen selbst zum Besten anzu„ordnen".

den deutlichsten Worten der jüngste Reichsabschied (*), wodurch manche Reichsstände bewogen wurden, entweder nach diesem Reichsgesetze ihre neue Gerichtsordnungen zu modeln, (**) oder ohne besondere Provinzialgesetze es lediglich bey dem Prozeßgange, wie ihn die Reichsgesetze allgemein vorgezeichnet hatten, zu belassen (***); weßhalb nicht nur dieser jüngste Reichs-

(*) §. 137. „Es sollen auch Churfürsten und Stände des „Reichs bey ihren Untergerichten die Verordnun thun, „damit, so viel möglich, bey denselben die norma „des kammergerichtlichen Prozesses observirt werde."

(**) Mehrere Beyspiele liefert Pütter a. a. O. und S. 11. u. ff. Unter allen aber zeichnet sich eine churmainzische Gerichtsordnung v. J. 1659. aus, deren Titel schon meine Bemerkung rechtfertigt. „Churfürstliche Hofgerichtsordnung nach dem jüngsten Reichsabschiede de ao. 1654 und darin dem kaiserlichen „Kammergerichte zu Speyer vorgeschriebene norma „in vielen Punkten verbessert. Gedruckt in der chur„fürstlichen Haupt- und Residenzstadt Mainz ao 1659. fol. Conf. Christian Itzstein disp. de usu recessus imperii novissimi de ao 1654. in judiciis moguntinis. Mogunt. 1787. 4.

(***) Itzstein S. 34-36. liefert ein Rescript des Churfürsten Johann von Mainz v. J. 1667. worin ausdrücklich der Gebrauch des jüngsten Reichsabschieds bey allen durch Provinzialgesetze unentschiedenen Fällen bestätigt wird.

Reichsabschied, sondern auch die ältern Kammergerichtsordnungen und übrigen Reichsgesetze die Grundlage jedes Territorialprozesses ausmachen, und mit Recht unter die Quellen des gemeinen Prozesses in Deutschland gezählt werden (*); woraus denn auch erhellet, daß die Frage, bey welchem Richter Nullitätsklagen anzubringen seyen, aus den nämlichen Quellen entschieden werden müsse.

## XIX.

Nachdem seither die Gründe für meine Meynung vorgetragen wurden, sollen nunmehr die Gründe beantwortet werden, womit man die gemeine Meynung rechtfertigen wollte; um nicht selbst einer unheilbaren Nichtigkeit schuldig zu werden, wenn man nicht auch den Gegentheil hören wollte.

Auch die Gegner berufen sich zuerst auf die Natur der Sache. Ein nichtiges Erkenntniß sagen sie, muß

(*) Io. Wolfg. Textor ad recess. imp. noviss. dissert. IV. Thesi 1 & 2. in Introductione ad praxin cameralem (Wezlar 1739. 4.) pag. 648. Neurodes Erläuterung des jüngsten Reichsabschieds in praefat. pag. 4. Danz Grundsätze des gemeinen Prozesses §. 9. Vergl. oben Abh. II.

muß so angesehen warden, als ob es nicht existirte; es ist also eben so viel, als ob der nichtig erkennende Richter noch gar nicht gesprochen hätte, folglich hindert ihn gar nichts, im Fall einer begangenen Nullität noch einmal zu sprechen.

Allein dieses Argument enthält sichtbar ein eben so großes Sophisma, als der berufene Satz, daß ein gezwungener Willen auch ein Willen sey. Wenn ich auch alles zugebe, was die Gegner wollen, so wird doch immer bey diesem Argumente vorausgesetzt, daß das Urtheil schon null und nichtig sey. Die bloße Nullitätsklage macht das Urtheil noch nicht nichtig, sondern nach angestellter Querel macht erst die Frage, ob das Urtheil mit einer unheilbaren Nichtigkeit behaftet sey, den Gegenstand der Nullitätsinstanz, so wie bey Appellationen die Erheblichkeit der Beschwerden den Gegenstand der Appellationsinstanz aus. Hierüber müssen erst Verhandlungen gepflogen werden, und hierauf erfolgt ein Urtheil, welches diese Frage entscheidet. Diese Entscheidung kann aber, wie oben gezeigt worden, dem gravirenden Richter weder nach der Natur der Sache, noch nach den Reichsgesetzen überlassen werden.

## XX.

Ihre stärkste Stütze nehmen die Gegner aus dem römischen Rechte, besonders aus dem L. 4. C. de accusat. (IX. 2.); ich will die Worte des Gesetzes ganz einschalten.

„Si accusatoribus absentibus et non per contu-„maciam adesse iudicio cessantibus, ex una postu-„latione aditus præses provinciae non causa cognita „sententiam dixit, qua eum, de quo querimoniam „detulisti, liberandum existimavit: criminatione „etiam nunc perseverante, quae contumacia vel „cessatione accusatorum non interveniente aufferri „non potuit: causa intentati criminis apud eundem „vel successorem eius more iudiciorum tractabitur."

Man muß das Tageslicht nicht sehen wollen, wenn man gegen dieses klare Gesetz läugnen will, daß wenigstens nach römischem Rechte Nichtigkeitsklagen bey dem nämlichen Richter, welcher das nichtige Erkenntniß gefaßt hat, angestellt werden können. — So unsere Gegner. — Aber ich fürchte, sie haben Triumph vor dem Siege gerufen; denn das angeführte Gesetz gibt dem Richter die Macht, über die Hauptsache noch einmal zu erkennen; es liegt in

ihm

ihm also die Voraussetzung, daß die Richtigkeit des Erkenntnisses keinem Zweifel mehr ausgesetzt ist, welches nach der Bemerkung des vorhergehenden Paragraphs nur nach vorher gepflogener Verhandlung durch ein Urtheil geschehen kann. Man muß also ein doppeltes Judicium wohl unterscheiden, das erste über die Richtigkeit, das zweyte über die Hauptsache. Daß das letzte dem vorigen Richter durch das angeführte Gesetz angewiesen werde, läugne ich nicht; aber daß ihm auch das erste zukomme, davon findet man in dem Gesetze auch nicht eine Sylbe. Besonders dadurch wird man sich von der Richtigkeit meiner Bemerkung überzeugen, daß man, die Interpretation vorausgesetzt, welcher die Gegner von diesem Gesetze machen, der Meynung des Bartolus die uns Brunnemann (*) aufbewahrte, beypflichten müßte, nach welcher die Nullitätsklage bey dem gravirenden Richter nothwendigerweise angestellt werden müsse, und nicht einmal vom Querulanten an den höhern Richter gebracht werden könne. Eine Meynung, welcher nicht einer von unsern Gegnern, so sehr es auch consequent wäre, beygepflichtet hat, oder beypflichten wird.

XXI.

(*) Comment. ad Cod. d. L. 4. C. de accusat.

XXI.

Selbst die Grundsätze, welche nach dem Geiste dieses römischen Gesetzes die heutige Praxis befolgt, bestärken meine Interpretation. Man muß nämlich unterscheiden, ob die Nullität aus den Substantialien des Prozesses, oder aus der Hauptsache entspringt. Im letzten Fall, den aber das angeführte Gesetz nicht berührt, kann über die Nullität nicht erkannt werden, ohne das Erkenntniß in der Hauptsache zu füllen, hier wird also durch eine Richtigkeitsklage die ganze Sache an den Oberrichter devolvirt, und von ihm durch ein Erkenntniß entschieden. Im ersten Fall hingegen, von dem das Gesetz eigentlich spricht, wenn die Nullität aus den Substantialien des Prozesses herstammt, kann der Richter bey devolublen Sachen, bey nicht devolublen aber muß er, nachdem er über die Nullität erkannt hat, die Hauptsache zur fernern Verhandlung und Entscheidung an den vorigen Richter zurückweisen. Ein sehr aufklärendes Beyspiel geben uns peinliche Sachen. Sie sind der Regel nach, nämlich im Wege der Appellation, an die Reichsgerichte nicht devolvirt. Wenn nun nicht wegen der Hauptsache, sondern wegen wesent-

sentlichen Stücken des Prozesses, z. B. weil das Urtheil gegen einen nicht genug gehörten oder vertheidigten Inquisiten gefällt wurde, eine Nullitätsklage vorkömmt, so erkennt das Reichsgericht über diese Nullität; aber wenn sie durch eine Ordination, oder ein Urtheil gehoben ist, so muß die Hauptsache an den vorigen Richter remittirt werden, zu dem Ende, daß er in derselben nach Verordnung der Gesetze fortfahre. (*)

## XXII.

Kein größeres Glück machen die Gegner, wenn sie sich auf den L. 1. C. si ex falsis instrumentis berufen. Dort ist verordnet, daß man gegen ein Urtheil, welches aus falschen Urkunden gefällt wurde, bey dem Richter, der das vorige Erkenntniß gab, Hülfe suchen könne.

Allein diese schwankende Disposition vermag offenbar nichts gegen die vorher angeführten Gründe. α) Wenn ein auf falsche Urkunden gebautes Erkenntniß rescindirt wird, so ist niemand da, welcher den Richter einer Ungerechtigkeit oder Nichtigkeit beschuldigte

(*) Ludolf obs. part. 1. obs. 34. Cramer sist. Procell. imp. §. 1360.

digte; jener, der um Aufhebung dieses Urtheils bittet, kann zugeben, daß dasselbe den Akten, wie sie da lagen, angemessen sey; er baut seine Bitte mehr darauf, daß der Richter, wenn ihm zur Zeit des gefällten Urtheils die Unrichtigkeit der Urkunden bekannt gewesen wäre, ein anderes Erkenntniß würde gefaßt haben. Der in diesem Gesetze enthaltene Fall nähert sich also mehr dem Rechtsmittel der Restitution, als der Nullitätsklage, und es ist ja bekannt, daß das Rechtsmittel der Restitution ex capite novorum zu den Devolutivmitteln nicht gehört. β) Nicht allein kann das Rechtsmittel der Restitution unter diesem Gesetze verstanden werden, weil die Römer auch dieses unter jene Rechtsmittel zählten, wodurch Urtheile ohne Appellation rescindirt wurden, sondern es ist auch wahrscheinlich, daß dieses Rechtsmittel darunter verstanden werde, weil in dem Gesetze gar keine Spur einer Beschwerde zu finden ist (*). Hiezu kömmt noch γ) daß in diesem Gesetze nicht ausgedrückt ist, durch welches Rechtsmittel man die Sache bey dem vorigen Richter wieder anbringen könne; wenigstens wird mit kei-

(*) Vergleiche die oben §. 8. vorgetragene Bemerkung.

keinem Worte gesagt, daß es im Weg der Nullitätsklage geschehen könne. Auf den äussersten Fall ist demnach dieses Gesetz dunkel und schwankend, und dann verdient gewiß jene Interpretation den Vorzug, welche die Natur der Sache für sich hat, und mit den übrigen Rechtsgrundsätzen mehr harmonirt.

## XXIII.

Soviel endlich den Gerichtsbrauch, den so oft und leicht mißbrauchten Gemeinplatz angeht, auf welchen sich die Gegner ferner berufen, so beruhet er bey genauerer Nachforschung mehr in einem Irrthum, als in der Wahrheit. Wie das unter Schriftstellern nicht selten geschieht, daß einer dem andern nachschreibt, und so der Irrthum des inneren die gemeine Meynung oder vielmehr der gemeine Irrthum der übrigen wird, so finde ich dieß gerade bey der vorliegenden Frage. Stryk nämlich beruft sich in der oben (§. VII.) angeführten Stelle auf Galls Observationen (Lib. 1. obs. 127. n. 6.), welcher zwar für die Wahl des Querulanten, zum vorigen oder höhern Richter zu gehen, die gemeine Meynung der Rechtsgelehrten anführt, aber so wenig

auf

auf den Gerichtsgebrauch sich beruft, daß er vielmehr das Gegentheil in den Worten bezeugt: „Hodie „tamen ex usu fori ubique fere obtinuit, quod „judex appellationis et sic superior super nullitate „principaliter cognoscenda adeatur.„

Wenn schon zu Gails Zeiten, eines Schriftstellers aus dem sechszehenten Jahrhundert, der Gerichtsgebrauch für die Devolutivkraft der Nullitätsklage sprach, so ist es wohl keinem Zweifel unterworfen, daß diese Würkung, welche Natur der Sache, gute Gerichtsverfassung und Reichsgesetze fodern, unsern Zeiten weit mehr, als die schwankende Wahl des Querulanten angemessen sey.

## XXIV. (*)

Noch einem Einwurf will ich begegnen. Bey Sachen, wo die Appellationssumme vorhanden ist, werden vielleicht wenige ein Bedenken tragen, meiner Meynung beyzupflichten, aber die Betrachtung wird manchen zurückschrecken, daß selbst die Reichsgerichte bey der Nullitätsklage auf die Appellationssumme

(*) Ist ein neuer Zusatz.

summe Rücksicht machen, folglich im Mangel der Appellationssumme den Partheyen gar kein Rechtsmittel übrig bleiben würde. — Nicht die Nullitätsklage bey einem Reichsgerichte aus Mangel der ordinationsmäsigen Summe, nicht bey dem vorigen Richter, weil bey diesem die Nichtigkeitsklage nicht angebracht werden könnte. — Allein diese Bedenklichkeit schwindet von selbst, wenn man erwägt, daß schon der Dep. Absch. 1600. §. 16. und der J. R. A. §. 113. bey nicht vorhandener Appellationssumme eine Revisionsinstanz der Appellationsinstanz substituirte, bey welcher vor andern Räthen oder vermittelst der Aktenversendung an auswärtige Rechtsgelehrte die Partheyen Abhülfe ihrer Beschwerden erlangen, somit die Sache im Grunde dem Erkenntniß des vorherigen gravirenden Richters entziehen können. Ganz laut spricht die Aehnlichkeit der Fälle dafür, daß nach der Analogie der beyden angeführten Reichsgesetze die Nichtigkeitsklage, wenn sie auch der Regel nach nur bey dem höhern Richter statt findet, im Mangel der Appellationssumme (*), da, wo sonst die Revision gesucht wird,

ange-

(*) Wenn man doch auf sie bey unheilbaren Nullitäten Rücksicht nehmen will. Man vergl. die folgende Abh.

angebracht, und wie diese behandelt werde, jedoch so, daß die für Nullitätsklagen im J. R. A. angenommene Frist von dreysig Jahren auch bey diesem Ausnahmsfalle fortdauert.

## XXVII.

### Sollte es bey unheilbaren Nichtigkeitsklagen in allen Fällen auf die Appellationssumme ankommen?

( zu Danz §. 435. )

I

Die Einführung einer Appellationssumme beruhet auf den beyden Gründen, damit eines Theils der höhere Richter nicht mit jeder unbedeutenden Sache belästiget werde, anderntheils die mit der Verhandlung einer Sache bey dem höhern Richter verbundenen Kosten gegen den Streitgegenstand im Verhältniß stehen. Auch auf die Klage wegen unheilbaren Nichtigkeiten hat man diese Grundsätze angewendet, und die Reichsgerichte neigen sich ganz für die Meynung, daß zur Begründung der Ge-

richtsbarkeit des Oberrichters auch hierbey die Appellationssumme nothwendig sey (*).

II.

Wenn auch der letzte Grund bey Nullitätsklagen einigen Anschein hat, so schlägt wenigstens der erste Grund bey ihnen nicht ein; was der Sache an Wichtigkeit der Summe abgeht, geht ihr an Wichtigkeit der vom Richter zugefügten Verletzung zu. Ein unheilbar nichtiges Erkenntniß setzt eine solche Ueberschreitung des richterlichen Amtes voraus, die entweder einen dolus oder einen hohen Grad der Ignoranz oder des Verschuldens in sich faßt, und die Sache ist in einem hohen Grade wichtig. Allein auch der zweyte Grund ist nicht allenthalben anwendbar; denn wie? wenn der Querulant dem Oberrichter die Nullität so offen darlegt, daß ohne Verhandlungen cassatoria erkannt werden kann? Hier sind keine Kosten aufzuwenden, hier also schlägt auch der zweyte Grund keineswegs ein.

III.

(*) (Hoscher) Sammlung merkwürdiger am k. R.K.G. entschiedener Rechtsfälle Band 4. Abh. 8.

## III.

Ich bin vielmehr der Meynung, daß bey einer nicht ungegründeten Nullitätsklage man auf eine Appellationssumme keine Rücksicht zu nehmen habe. Denn

1) da aus Mangel der Appellationssumme ohnedieß keine Appellation statt findet, so würde, wenn man auch bey unheilbaren Nullitäten aus Mangel der Appellationssumme die Nullitätsklage nicht zulassen wollte, einem Unterrichter die Erlaubniß gegeben, unter der Appellationssumme, wenn also diese in 50 fl. besteht, bis auf 49 fl. 59 kr. die Partheyen auch durch Nullitäten nach Laune und Willkühr um so ungescheuter zu kränken, da selbst die Gesetze ihren Beystand versagten.

2) Bey Anordnung der höhern Gerichtshöfe in Deutschland gieng die Reichsgesetzgebung von der Idee aus, daß die obern Gerichte auf die Unterrichter ein wachsames Aug haben sollten, damit von diesen keine Ungerechtigkeiten begangen werden (*); keine größere Ungerechtigkeit giebt es, als unheil-

(*) J. R. A. §. 109.

unheilbare Nullitäten; der Richter überschreitet die ihm anvertraute Gewalt, aus Unwissenheit, Schuld oder Bosheit verletzt er seine Pflichten; hier tritt wirklich der Fall ein, wo das Oberaufsichtsrecht der höhern Gerichte thätig seyn muß; und es ist offenbar, daß eine Gesetzgebung, welche die Ausübung der Pflichten und Rechte des Oberrichters bey so groben Verletzungen, wie unheilbare Nichtigkeiten sind, auf eine Geldsumme einschränkte, mit sich selbst in einem Widerspruche stehen würde.

## XXVIII.

## Vom anticipirten Beweise.

(Zu Danz §. 246)

### I.

Unter den Eintheilungen des Beweises, welche Hr. Danz hier vorträgt, verdient die Eintheilung in den vorläufigen und auferlegten Beweis ihrer Wichtigkeit wegen näher betrachtet zu werden. Auferlegt heißt jener Beweis, welcher nach vorhergegangenen richterlichen Interlocute auf Be-

weis

neis geführt wird; ein **vorläufiger** (anticipirter) Beweis hingegen wird geführt, ohne daß ein Interlocut des Richters vorhergieng.

II.

Richtig ist es zwar, daß bey der Beweisführung zwischen beyden kein Unterschied eintritt, auch darin kommen sie ganz überein, daß jener, welcher den Beweis anticipirt, durch das ganze Verfahren als Beweisführer anzusehen ist, sollte ihm auch ausserdem die Last des Beweises aufgelegen seyn; er mag sichs zuschreiben, daß er diese Last auf sich nahm! Demungeachtet sind beyde in sehr wesentlichen Punkten und wichtigen practischen Folgen von einander unterschieden.

III.

1) Ein auferlegter Beweis setzt bey jenem, dem er auferlegt wird, die Verbindlichkeit zum Beweise voraus; anticipiren hingegen kann jeder den Beweis, wenn er auch von der Last des Beweises frey war.

2) Weil bey einem auferlegten Beweise ein Interlocut vorausgieng, ein anticipirter Beweis aber

ohne

ohne Vorausgehung eines Interlocuts angetreten wird, so lauft bey dem ersten der Beweistermin mit seiner peremtorischen Kraft, wovon bey dem letzten keine Rede seyn kann.

3) Eben deshalb, weil ein Beweistermin und dessen peremtorische Würkung bey dem anticipirten Beweise nicht denkbar ist, muß bey demselben, wenn der Beweis nicht hergestellt wird, auf bessern Beweis erkannt werden, bey dem auferlegten Beweise findet hingegen ein Erkenntniß auf bessern Beweis nicht statt, sondern es muß sogleich gegen den Beweisführer (*) gesprochen werden. Indessen wird nur einmal auf bessern Beweis erkannt; dieses Erkenntniß versetzt den anticipirten Beweis in die Lage des auferlegten, und von nun an lauft der Beweistermin; wird also der bessere Beweis nicht geliefert, so muß nunmehr definitiv wider jenen gesprochen werden, der den bessern Beweis nicht beygebracht hat.

XXIX.

(*) Meine Jur. Abh. Th. 1. S. 94.

## XXIX.

### Bey dem Beweise zur Gewissensvertretung kann jener, welcher den Eyd zugeschoben hat, Gegenbeweis führen.

(zu Danz. §. 380.)

I.

Verschiedene Beweggründe gaben der Vertretung des Gewissens durch Beweise ihr Daseyn. Bey einigen wirkt eine nicht selten auf Vorurtheile gegründete Furcht des Eydes, bey andern die beruhigende Gewißheit, daß nach gelieferten Beweise niemand gegen sie den Verdacht eines falschen Eyds hegen könne (*). Indessen kömmt es nicht auf ihre Veranlassung an, der Gerichtsgebrauch führte sie ein, und die Natur der Sache nebst der Rechtsanalogie sprechen für sie. Wenn derjenige, der bewiesen hat, nach einer deutlichen Verordnung des canonischen Rechts (**) mit einem Eyde nicht beschwert werden darf, so ist es billig, daß auch demjeni-

(*) Die letzte Ursache führt Quinctilian (Instit. orat. Lib. V. c. 6.) an.

(**) cap. 2. X. de probat. s. oben S. 69.

jenigen, welchem ein Eyd zugeschoben war, erlaubt werde, den Beweis des zu beschwörenden Satzes über sich zu nehmen, und hierdurch sein Gewissen mit Beweisen zu vertreten.

## II.

Hiebey kömmt nun alles auf eine richtige Bestimmung des Verhältnisses an, in welches der Gewissensvertreter zu demjenigen, welcher ihm den Eyd zuschob, durch die Gewissensvertretung versetzt wird.

Schaumburg (*) und Bauer (**) sehen die Gewissensvertretung als einen Gegenbeweis an, weil sie glauben, der Beweisführer habe seinen Beweis durch die Eydeszuschiebung schon geführt, jener, dem der Eyd zugeschoben war, sey also der Gegenbeweisführer. Nun ist ihnen sehr leicht, aus dem Satze: reprobatio reprobationis non datur, die Folge zu ziehen, daß ein Gegenbeweis

(*) Princ. prax. iur. iud. Lib. 1. Sect. 1. membr. 3. cap. 5. §. 13.

(**) pr. de defensione conscientiae per probat. jure communi fundata, in dessen Opusculis Tom. I. S. 383.

beweis wider die Gewissensvertretung nicht statt finde; eine Meynung, zu der sich auch Claproth (*) und Malblank (**) nebst andern Rechtsgelehrten bekennen. Allein ich kann mich von der Richtigkeit dieser Meynung nicht überzeugen, und glaube vielmehr, daß jenem, welcher den Eyd zugeschoben hat, bey der Vertretung des Gewissens mit Beweisen erlaubt sey, den Gegenbeweis zu führen.

## III.

1) Von den Gegnern wird das Verhältniß zwischen den streitenden Theilen, wie es durch die Gewissensvertretung sich bildet, ganz unrichtig dargestellt. Man kann keineswegs behaupten, daß der Beweisführer seinen Beweis durch die Eydeszuschiebung schon geführt habe, die Beweise des Gewissensvertreters also den Gegenbeweis ausmachen; denn wer hat noch gelehrt, daß das ganze Wesen des Beweises durch Eyd blos in der Eydesdelation bestehe, und daß die Leistung des Eydes nicht zur Vollführung dieses Beweises gehöre?

Vor

(*) Ordentl. Proz. Th. 2. S. 475.

(**) doctr. de Iureiur. §. 58.

Vor der Abschwörung des Eydes kann man nie den Beweis durch Eyd für geendigt ansehen.

2) Noch unrichtiger aber ist es, wenn man den Deferenten als Beweisführer ansehen will. Die ganze Eydesdelation wird durch die Gewissensvertretung suspendirt, jener, dem der Eyd zugeschoben wurde, will durch die Gewissensvertretung den Eyd ganz decliniren, er übernimmt also den Beweis eines Satzes, worüber sonst seinem Gegner der Beweis oblag. Böhmer (*) drückt sich darüber sehr schön in den Worten aus: „Qui a suscepta „probatione remedium quaerit declinandi jurisjurandi delationem, in medio relinquit iurandi „conditionem.„ Der ganze Beweis durch Eydeszuschiebung wird demnach durch die Gewissensvertretung suspendirt, alle seine Folgen fallen einsweilen hinweg, nnd man kann den Deferenten, ehe sich der Beweis durch Gewissensvertretung näher entwickelt hat, keineswegs als den Beweisführer ansehen. Vielmehr übernimmt der Gewissensver-

(*) G. L. Böhmer Diss. de auctoritate judicis circa iusiurand. delat. & relat. §. 18. in dessen Elect. Jur. Civ- Tom. II. S. 678.

vertreter den Beweis, er muß als Beweisführer angesehen werden, und hat mit jenem, der den Beweis anticipirt hat, etwa in einem Fall, wo seinem Gegner die Last des Beweises aufgelegen wäre, die größte Aehnlichkeit.

3) Wie soll auf die Gewissensvertretung die Idee eines Gegenbeweises passen? Gegenbeweis setzt einen geführten Beweis voraus, und wenn nichts bewiesen wurde, so kömmt es auf einen Gegenbeweis gar nicht an. — Wer will nun, wo durch die Gewissensvertretung der Beweis durch Eyd declinirt wird, einen Beweis sehen, bey welchem von einem Gegenbeweise die Rede seyn könnte? —

## IV.

4) Es ist demnach richtig, daß durch die Gewissensvertretung die ganze Beweisführung durch Eydesdelation suspendirt und alles einsweilen in den Stand versetzt werde, als ob der Gewissensvertreter gleich den Beweis durch die von ihm gewählten Mittel angetreten hätte. In Gemäßheit des ange-

gebe-

gebenen Standpunkts nehmen die Rechtslehrer an, daß die Gewissensvertretung durch alle Arten von Beweismitteln, nur Eydesdelation ausgenommen, geführt werden kann; sie fodern die Mittheilung der Beweisartikel an den Gegentheil zur Fassung der Fragstücke, und sie erlauben dem Gewissensvertreter, den Eyd noch anzunehmen oder zurückzuschieben, wenn er den gehofften Beweis nicht hergestellt hat.

## V.

5) Ist also die Gewissensvertretung kein Gegenbeweis, sondern vielmehr ein Beweis, so müssen auch alle rechtliche Folgen dieses Verhältnisses, besonders die Folge eintreten, daß der Gegenbeweis, welcher zu den Rechten und Vertheidigungsmitteln der streitenden Theile gehört (*), auch jenem nicht entzogen werden darf, wider welchen der andere Beweis führt, denn der zufällige Umstand, daß der Beweis durch eine Eydesdelation veranlaßt wurde, kann den Partheyen ihr Recht auf die gesetzlichen Vertheidigungsmittel gewiß nicht entziehen.

VI.

(*) Danz §. 251.

VI.

6) Nicht weniger Täuschung liegt in dem Argumente, dessen sich die Gegner bedienen, als hätte der Deferent durch die Eydeszuschiebung sich aller seiner Beweise begeben. Auf jeden Fall kann dieser Verzicht nur unter der Bedingniß angenommen werden, daß die Sache im Wege des angeworfenen Eydes beendigt werde; ändert also der Gegner, welchem der Eyd zugeschoben wurde, den Stand der Sache, schafft er sich durch seine Gewissensvertretung in den Beweisführer um, wählt er Beweismittel, deren Natur nach der Gegenbeweis zulässig ist, so muß er sich allen Folgen unterwerfen, welche die von ihm gewählte Beweisführung hervorbringt.

7) Nehme man doch den analogen Fall, daß der Deferent nach der Acceptation neue Beweise auffindet, und deßhalb die Eydeszuschiebung zurücknimmt; niemand zweifelt, daß hier Gegenbeweis statt findet, aus keinem andern Grunde, als weil durch die neueu Beweismittel der Streit in eine Lage versetzt wird, wo der Gegenbeweis unter die gesetzlichen Vertheidigungsmittel gehört. Eben dieß

tritt

tritt im umgewandten Fall bey der Gewissensvertretung ein, weil hier der Gewissensvertreter, dort der Deferent nicht mehr durch Eyd, sondern durch ein anderes Beweismittel, welches Gegenbeweis zuläßt, den Beweis führt; folglich muß auch hier der Gegenbeweis erlaubt seyn, weil die Rechte beyder streitenden Theile der Regel nach gleich sind.

## VII.

8) Daß bey der Eydeszuschiebung kein Gegenbeweis erlaubt ist, hat in der ganz besonderen Eigenschaft dieses Beweismittels seinen Grund, kann aber auf die vorliegende Frage keinen Einfluß haben, weil bey der Gewissensvertretung der ganze Beweis durch Eyd in suspenso belassen, folglich alles in die Lage versetzt wird, als ob gleich Anfangs der Beweis durch die vom Gewissensvertreter gewählten Mittel angetreten worden wäre.

## VIII.

9) Aeusserst ungerecht würde man auch nach der gegentheiligen Meynung am Deferenten handeln. Demjenigen, welchem der Eyd zugeschoben wurde, erlaubt man, vom Eyde abzuspringen, und sich

aller

aller seiner Beweise, die er für sich hat, zu bedienen. — Warum soll sie der Deferent verliehren? Warum er von den rechtlichen Vertheidigungsmitteln gegen den Beweis ausgeschlossen werden? Warum will man nicht vielmehr den Gewissensvertreter anhalten, daß er sich allen Folgen unterwerfe, welche die neue Lage des Streits mit sich bringt, eine Lage, in welche der Streit nur durch seine Wahl versetzt wurde? Gar oft kann der Fall eintreten, daß der Deferent im Vertrauen auf die Redlichkeit seines Gegners sich der Eydesdelation bedient, und Beweise nicht gebraucht, wodurch er die scheinbaren Beweise seines Gegners entkräften könnte; wie ungerecht wäre es, ihn mit diesen Beweisen auszuschließen, da doch sein Gegner sich der in der Eydesdelation enthaltenen Bedingung, daß es bey dem Beweise durch Eyd bleibe, durch die Gewissensvertretung entzieht. Gegen die Natur der Sache, gegen alles Recht und gegen Billigkeit stößt also die Meynung derjenigen an, welche bey der Gewissensvertretung dem Deferenten die Befugniß, Gegenbeweis zu führen, absprechen.

# XXX.

## Ueber die Eigenschaften der neuen Thatumstände und Beweise bey dem Rechtsmittel der Restitution gegen Urtheile.

(Zu Danz §. 436.)

### I.

Das Rechtsmittel der Wiedereinsetznng in den vorigen Stand hat die Billigkeit ganz für sich. Sehr oft kann ein Zufall dem unterliegenden Theile das Document in die Hände spielen, welches ihm den Sieg gewährt hätte, wenn es zur Zeit des ergangenen Urtheils bekannt gewesen wäre; in ihm liegt die Idee zum Grund, daß zur Zeit des gefällten Ausspruchs dem Richter die wahren Verhältnisse der Sache nicht bekannt waren, daß er anders gesprochen hätte, wenn ihm die Lage der Sache, so wie sie ist, damals schon vorgestellt worden wäre. Mit einem Worte, dieses Rechtsmittel ist ein ganz gerechter Sieg des wirklichen Rechts über das förmliche.

Schon vor Errichtung des Reichskammergerichts war dieses Rechtsmittel, wie der Hr. K. G. A.

v. Ullheimer (*) zeigt, bekannt, und es ist ganz unnöthig, in die Frage einzugehen, ob der Grund desselben in dem römischen und canonischen Rechte aufzusuchen sey (**); denn schon der Visitationsabschied v. J. 1533. §. 5. spricht von ihm, als einer schon lange üblichen Sache, er will nur dem Mißbrauch steuern, erkennt aber ausdrücklich dieses Rechtsmittel, wenn eine Parthey sich desselben aus rechtmäsigen erheblichen Ursachen bedienen wollte; die folgenden Reichsgesetze, die Kammergerichtsordnung Th. III. Tit. 52, der Reichsdeputationsabschied v. J. 1600 §. 138., und mehrere gemeine Bescheide bestättigen es; daß also die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand als Rechtsmittel gegen Urtheile von den Gesetzen anerkannt sey, ist nicht zu bezweifeln.



(*) Diss. num remedium restitut. in integr. cum remedio revisionis in Cam. imp. iud. coniungi possit. Bamberg 1778. §. 6. 7. 8. Harprecht im Staatsarchiv des K. R. K. G. Th. 1. S. 140. liefert ein Beyspiel von 1448.

(**) Man findet darüber vollkommenen Aufschluß in v. Riedesels Vorträgen an den vollen Rath des kais. Kammerger. (Jena 1791. 8.) II. Vortr. §. 4 u. ff.

II.

Nur tritt auch hier der traurige Fall ein, daß sich an die beste Sache ihr Mißbrauch so unmittelbar ankettet! Schon das erste Reichsgesetz, welches dieses Rechtsmittel bestättigt, klagt über den Mißbrauch, diese Klagen dauern bis auf diesen Augenblick noch fort (*), und ihnen verdanken wir die meisterhafte Abhandlung eines der würdigsten Glieder des K. R. K. G. (**). Man darf auch nur die überwiegenden Gründe betrachten, durch welche die Partheyen zu diesem Rechtsmittel vor jedem andern gereizt werden, um sich zu überzeugen, daß der Mißbrauch vom sechszehnten Jahrhundert bis auf unsere Zeiten sich nicht vermindert, sondern im Gegentheile vergrößert habe.

Das Rechtsmittel der Restitution, wenn es zur rechten Zeit gebraucht wird, hat die Suspensivwürkung, welche bey der Revision gegen die Erkenntnisse des Reichskammergerichts nicht statt findet —

der

(*) Der Herr Kammerrichter sagt in seinen der jüngsten Visitation am 28. May 1767 übergebenen Monitis §. 13. es taugten unter zehn Restitutionsgesuchen sicherlich zwey Drittheile nichts. Ullheimer a. a. O. §. 5.

(**) v. Riedesels oben angeführten Vortrag.

der Gebrauch der Revision bey dem Reichshofrathe ist mit den, für den Revidenten so lästigen, Succumbenzgeldern verbunden, bey der Restitution fallen diese hinweg. — Bey beyden Reichsgerichten kann man nur dann, wenn die Summe revisibel ist, dieses Rechtsmittels sich bedienen, das Rechtsmittel der Restitution ist auf eine Summe nicht eingeschränkt. Nur einmal kann Revision gesucht werden, aber des Rechtsmittels der Restitution kann man sich öfters bedienen. — Eben aus diesen mannichfaltigen Vortheilen läßt sichs erklären, daß das Rechtsmittel der Restitution, besonders an den Reichsgerichten, sehr häufig gebraucht, aber sehr oft mißbraucht werde.

## III

Von den ersten Zeiten an finden wir deßhalb fortwährend die Bemühungen der Gesetze, dem Mißbrauch Schranken zu setzen. Wir wollen den Gesetzen von Schritt zu Schritt folgen.

A) Der Visitationsabschied v. J. 1533. §. 5. verordnet: „Nachdem auch in dieser Visitation be„funden, daß die Procuratores restitutionem wider „erlangte Endurthel vielfältig pflegen zu bitten, wel-

„ches

„ches zu Verhinderung der Execution und merklichem „Schaden der gewinnenden Partey thut gereichen: sol„len Kammerrichter und Beysitzer ein fleißiges Uffsehen „haben, und wo sie befinden, daß die Restitution „calumniose oder gefährlicherweise oder aus Ursachen, „so vormals im Gerichtshandel angezogen und dedu„cirt worden wären, oder sonsten aus neuen unrecht„mäßigen und unerheblichen Ursachen begehrt, sol„cher gebetenen Restitution unangesehen, in der Exe„cution vermög gemeiner Rechten fortfahren und die „Prokuratoren oder die Parteyen, welche unter ihnen „daran schuldig, in die expensas condemniren; wo „aber einige Partey die Restitution aus rechtmäßigen „erheblichen Ursachen zu bitten vorhätte, soll dassel„bige articulatim geschehen, damit sich die Richter „vermög der Rechten darnach wissen zu halten." Er verwirft also nur jene Restitutionen, welche 1) calumniose oder gefährlicher Weise oder 2) aus Ursachen, so vormals im Gerichtshandel angezogen und deducirt wurden, oder 3) sonsten aus unrechtmäßigen und unerheblichen Ursachen begehrt werden.

IV.

B) Die Kammergerichtsordnung vom Jahre 1555 wiederhohlte diese Stelle wörtlich. (*).

C) Im Rdep. Absch. 1600 §. 138. ist nichts wichtiges über diesen Gegenstand verordnet worden.

D) Wichtiger ist die Verordnung des gemeinen Bescheids v. J. 1669. Er fängt mit der Klage an, daß das remedium restitutionis fast in allen Sachen mißbraucht, die in gemeinen Rechten und den Reichssatzungen bestimmmten Erfordernisse nicht beobachtet, nichts Neues vorgebracht, das alte verdrüßlich recapitulirt, das restitutorium in ein revisorium verkehrt werde; hierauf wird befohlen, daß Advocaten und Procuratoren sich dieser Mißbräuche enthalten, nichts was in facto & iure schon vorgewesen, wiederhohlen, sonders einzig und allein die in facto emergirende nova oder neue Beweise kurz und nervös einführen, und mit Specialgewalt von ihren Principalen zur Abstattung des Eyds, daß sie von dem neuen Einbringen vorher einige Wissen-

schaft

(*) Th. 3. Tit. 52.

schaft nicht gehabt, oder selbiges zu der Sache dienlich zu seyn nicht vermeint, jederzeit gefaßt erscheinen sollen (*). Ich liefere diesen wichtigen gemeinen Bescheid vollständig:

„Nachdeme man eine Zeit hero wahrgenommen, „daß fast in allen, an diesem Kayserl. Cammer-Ge-„richt abgeurtheilten Sachen, das Beneficium Re-„stitutionis in Integrum mißbraucht, und die in „denen beschriebenen gemeinen Rechten, auch Reichs-„Satz-und Ordnungen darzu erfoderte Requisita we-„nig beobachtet worden: Indeme bey denen deßhalben „einbringenden Implorations-Schrifften nichts neues „sondern eben dasjenige, was in vorigen Instantien in „jure & facto ausführlich vorkommen, und darüber „nach reiffer Erwegnng und Deliberation bereits ge-„sprochen ist, von neuem wiederumb hervorgezogen, „verdrießlich recapitulirt, und also vielmehr was zu „einer Revisions- als Restitutions-Instanz gehörig „auff die Bahn gebracht, ja wohl gar anzüg-und „taxirliche Imputationes durch der Schriftsteller Un-„bescheidenheit jeweilen mit eingerücket werden: wel-„ches dann nicht allein zu hochstraffbarem Despect

„dieses

(*) Riedesel a. a. O. S. 109.

„dieses des Heil. Röm. Reichs höchsten Gerichts, und „vergeblicher Bemühung der Senatuum, bevorab der „Re- und Correferenten, sondern auch zu unverant„wortlicher Wiederholung bereits decidirter Strei„tigkeiten, und schädlicher Verzögerung anderer Sa„chen gereichen thut; Als ist hiemit der ernstliche Be„fehl an alle Advocaten und Procuratoren, daß sie „sich ins künfftig solcher unordentlicher Mißbräuch „gänzlich enthalten, und in denen Fällen, wo gegen „außgesprochene Urtheil sie das Remedium Restitu„tionis in integrum Platz zu haben, und die Sa„chen von Rechtswegen dazu genugsam qualificirt „zu seyn erachtet werden, nicht dasjenige, so schon „vorhero in facto & jure vorkommen, wiederholen, „weniger einige ihrer Seits conjecturirt- und ein„gebildete Rationes decidendi, und deren Refuta„tiones mit einmischen, sondern einzig und allein die „in facto emergirende neue, dienlich und erhebliche „Umbstände, oder zur Hand gebrachte Urkunden, „Brieffliche Schein und Documenta, in denen Hand„lungen, so sie deßhalben überreichen, kurz und „nervose einführen, und zugleich mit Special„Gewälten von ihren Principalen, zur Abstattung „des

„des Eyds, daß weder sie oder jetzgedachte ihre Princi-
„palen, und deren Advocaten, von solchem neuen
„Einbringen vorhero einige Wissenschaft gehabt, oder
„selbiges zu der Sachen dienlich zu seyn nicht ver-
„meynt, jederzeit gefaßt erscheinen, in alle Weg aber
„die ihnen in solchen Restitutions- und allen andern
„Sachen zugefertigte Schrifften, ehe sie gerichtlich
„übergeben werden, fleissig überlegen, und wo etwas
„darin befindlich, so dieses Kayserl. Cammer-Ge-
„richts Respect, oder der, vermög der Ordnung,
„erforderten Bescheidenheit zuwider wäre, solches
„vor sich selbst verbessern und zum Glimpf bringen,
„oder gehörigen Orthen zurucksenden: Keinesweegs
„aber auf einigerley Reservation oder Protestation
„non-approbationis Contentorum, noch was sonsten
„dergleichen seyn mag, sich verlassen, diesem allem
„ohnaußgesetzt also nachkommen, und im widrigen
„einer unaußbleiblichen Geld-Straff, oder auch, ge-
„stalten Sachen nach, der Suspension oder wohl
„gar Remotion ab officio gewärtig seyn sollen."

## V.

E) Bis zum Jahre 1671 schien eine nähere Verordnung über die Zeit, in welcher der Restitu-

tionseyd abzuschwören ist, und über die Eydesformel nothwendig zu seyn, daher ergieng am 7. Julius des gedachten Jahrs ein gemeiner Bescheid, worin verordnet wurde, daß der Restitutionseyd in primo Termino, wie der Appellationseyd, abgeschworen werden sollte.

„Daß, gleichwie dieses Kayserl. Cammer-Ge„richs Procuratores das Juramentum Calumniæ & „Appellationis in primo Termino gerichtlich abzu„zustatten schuldig und verbunden seynd: Also die„selbige auch hinfüro in denjenigen Sachen, worin „man gegen die hieselbst ausgesprochenen Urtheile „das Remedium Restitutionis in integrum an Hand „zu nehmen gemeynt ist, so bald sie deßwegen ge„richtlich anruffen werden, das hierüber nunmehr „absonderlich verfaste Juramentum nach Inhalt bey„kommender Formulen, so wohl Special-Gewalts, „als auch besagten Juramenti in ihrer Principalen „deren Advocaten (so dem Gewalt jedesmahl mit „einzuverleiben) wie auch in ihrer der Procuratoren „selbst eigene Seel, in eâdem Audientiâ, und ohn„erwartet fernern Bescheids, abschwören sollen".

In einer besondern Beylage wurde die Formel der Specialvollmacht zur Abschwörung des

Restitu-

Restitutionseydes, nebst der Formel dieses Eydes, und zwar letztere dahin bestimmt:

„Ihr N. werdet in Sachen N. contra N. an„geloben, und in Krafft vorbrachten Original-Spe„cial-Gewalts, in eurer darin benamsten Principa„len wie auch euer eigene Seele, einen Eyd zu „GOTT und auf das heilige Evangelium schwören, „daß weder ihr, noch gedachte eure Principalen und „deren Advocaten, vom jetzigem neuen Einbringen, „vorhero einige Wissenschafft gehabt, oder doch sol„ches zu der Sachen dienlich zu seyn, nicht ver„meynet, sondern nunmehr das Remedium Resti„tutionis in Integrum gegen die an diesem Kayserl. „Cammer-Gericht außgesprochene Urtheil Platz zu „haben, und hierzu die Sach von Rechtswegen ohne „Wiederholung desjenigen, so allbereit in Facto & „Jure vorkommen, genugsam qualificiret zu seyn „erachtet, alles getreulich und ohne Gefährde".

## VI.

Soweit reichen die Bestimmungen der Gesetze über die Eigenschaften der Restitutionsgründe, deren Anführung zu meinem Zwecke nöthig war, weil einige neuere Gesetze, die über diesen Gegenstand erschie-

nen

nen, lediglich auf die ältern Gesetze verweisen. Aber freylich lassen sie viele wichtige Fälle unentschieden, die Grundsätze, welche sie aufstellen, sind zu allgemein, und sie öffnen dadurch eine Quelle vieler wichtiger Streitigkeiten. Daher kömmts, daß öfters bey dem nämlichen Gerichtshofe Strenge und Milde, wie Moden, wechseln, jeder Votant sich seinen Empfindungen überläßt, politische Gründe den Verordnungen der Gesetze vorzieht, und dadurch schwankende Sätze, widersprechende Meynungen und Urtheile entstehen und verbreitet werden. Wenn die Restitution in einem Falle versagt wird, wo die Parthey es beschwören will, daß sie die beygebrachten Nova vorher anzuführen nicht dienlich erachtet habe, weil der Votant ausruft, was wohl aus den Urtheilen werden würde, wenn man solche Restitutionsgründe zulassen wollte (*), und wenn in andern Fällen ohne Difficultäten aus scheinbaren novis Urtheile in restitutorio abgeändert werden, obgleich schon in den vorigen Verhandlungen alle beygebrachten nova vorgekommen waren, blos weil etwa die Verfasser des vorigen

Urtheils

(*) Hoscher Sammlung merkw. am k. R. K. G. entschiedener Rechtsfälle Th. 4. S. 81.

theils den bekannten Verdacht der Partheylichkeit wider sich haben, oder wenn Hr. Hofr. Haas (*) meynt, man müsse es mit den novis so genau nicht nehmen, sobald man wahrnehme, daß übel gesprochen worden, so wird es Nothwendigkeit, sich dem Strome zu widersetzen, den Gesetzen, die man ganz zu vergessen scheint, zu ihrem Rechte zu verhelfen, und und zu verhüthen, daß nicht äusseres Ansehen so grossen Abweichungen von den Gesetzen einen weitern Eingang verschaffe.

## VII.

Wenn man die Schriftsteller über diese Lehre nachschlägt, so erfodern sie 1) neue und 2) erhebliche Thatumstände oder Beweise **) oder, wie sich Pütter ***) mit der ihm eigenen Präcision ausdrückt, vere nova eaque relevantia. Die Natur des Rechtsmittels und klare Reichsgesetze (****) rechtfertigen diese beyden Erfodernisse im allgemeinen; denn wenn ich die Natur des Rechtsmittels der Restitu-

(*) Im Etwas Th. 2. §. 304. S. 678 ff.

(**) Hanzely Anleit. zur neuesten RHR. Praxis Band 2. §. 306.

(***) Epitome Proc. Imperii §. 234.

(****) Oben §. III—V.

stitution betrachte, so wird dadurch die Gerechtigkeit des richterlichen Ausspruchs nicht angefochten, das Urtheil keiner Unbilligkeit und der Richter keines Irrthums beschuldiget, sondern der Grund des Restitutionsgesuchs darin gesetzt, daß dem Richter die wahren Umstände nicht vorgelegt worden seyen, welche, wenn sie ihm schon zur Zeit des ergangenen vorigen Urtheils bekannt gewesen wären, ihn bewogen hätten, anders zu erkennen; folglich kann schon nach der Natur der Sache ein Restitutionsgesuch nur auf neue, vorher nicht vorgetragene, und erhebliche Gründe gebaut werden.

Daß die nova erheblich, d. h. so geeigenschaftet seyn müssen, daß durch sie der Richter bestimmt werden kann, sein voriges Urtheil abzuändern, ist ausser allem Streit. Aber was vere nova seyen, dies ist nicht bestimmt, darüber findet man fast soviele Meynungen, als Rechtsgelehrte. Die Schwierigkeit liegt darin, daß die Gesetze nur allgemeine Grundsätze aufstellen, welche gar leicht in der Subsumtion verschoben werden können. Alles kömmt auf eine richtige Anwendung der Gesetze, in

beson-

besonderen Fällen an; ich will den Versuch machen, die vorzüglichsten Fälle hier auszuzeichnen.

VIII.

I. Nova werden erfodert. — Es mögen nun neue Thatsachen oder neue Beweise seyn. — Neu nenne ich hier in der Regel jenes, was in den vorigen Verhandlungen noch nicht vorgekommen ist. Dies Erfoderniß wird schon durch den Sprachgebrauch erwiesen, noch bestimmter beweisen es aber die oben (§. III — V.) angeführten Gesetzstellen. Allenthalben verbiethen sie bey der Restitution die Anführung desjenigen, was schon in den vorigen Verhandlungen vorgebracht wurde. Daß also jene neue Thatsachen oder Beweise, welche in den vorhergehenden Verhandlungen noch nicht vorkamen, das Rechtsmitttel der Restitution begründen, ist ein ganz unbestrittene Wahrheit.

IX.

II. Können nova in jure zur Begründung des Restitutionsmittels gebraucht werden? — Schon Ludolf (*) bemerkte, daß gegen ein Urtheil, welches

(*) Comm. syst. Sect. 2. §. 6.

ches eine blose Rechtsfrage entscheidet, um Restitution nicht gebethen werden könne, und der Herr von Riedesel (*) nimmt es für ganz entschieden an, daß neue factische Umstände, neue vorhin dem Richter unbekannte Beweise das Wesen dieses Rechtmittels ausmachen, nova in jure also nicht zugelassen werden.

Bey der Restitution wird der Richter nicht beschuldigt, daß er eine Unbilligkeit oder Ungerechtigkeit begangen habe; sie ruht in dem, daß der Richter die wahren Verhältnisse der Sache bey Fassung seines Ausspruchs nicht kannte (§. VII.). Hat also der Richter nur in den Rechten (in jure) geirrt, kannte er die wahre Lage der Sache, aber hat er eine Rechtsfrage schief entschieden, hat er die rechten Gesetze nicht gekannt, die ächten Entscheidungsquellen vernachläßiget, so ist dieses ein Gravamen, es begründet eine Appellation oder Nullitätsklage, aber keine Restitution. Wollte man hier sich des Rechtsmittels der Restitution bedienen, so würde gegen das Verboth des gemeinen Bescheids v. J. 1669.

(*) a. a. O. §. 18.

1699. (§. IV.) das restitutorium in ein revisorium verkehrt werden. Nur ausnahmsweise kann man mit Cramer (*) neue Anführung statutarischer oder Gewohnheitsrechte zulassen, weil diese in gewisser Hinsicht als nova in facto zu betrachten sind.

X.

III. Kann bey der Restitution jenes gebraucht werden, was schon in den vorhergehenden Verhandlungen angeführt worden? — Diese Frage ist wohl unter allen die schwierigste, besonders scheint sie mir deßhalb noch nicht befriedigend beantwortet zu seyn, weil man die verschiedenen Fälle, die in ihr enthalten sind, nicht gesöndert hat.

1) Gründe, die in den vorigen Akten schon vorkamen, darf ich mit neuen besseren Beweisen, als die vom Richter verworfenen waren, unterstützen; dies sind wahre nova. So versteht es Roding (**), wenn er sagt: „possunt tamen „causae veteres cum novis cumulari, si antiquae „causae vel antiqua instrumenta per nova corro„borentur, probationes coeptae per novas confir„men-

(*) Observ. Tom. I. obs. 367.

(**) Pand. Camerales Lib. 3. tit. 60. §. 10.

„mentur.„ Hat also, wie sich Hr. v. Riedesel sehr gründlich ausdrückt (*), der Richter ein Argument verworfen, weil er es nicht genug bewiesen fand, so darf dies allerdings in restitutorio wiederhohlt, aber es muß mit neuen besseren Beweisen unterstützt werden. Die Gründe, die den Richter zu seiner Entscheidung bewogen haben, und die ich vorher zu beseitigen nicht im Stand war, darf ich, wenn ich kann, in restitutorio mit neuen Gegenbeweisen widerlegen, die das ersetzen, was der Richter vorher vermißte. Cumulare antiqua cum novis heißt also soviel: man braucht keine neue oder lauter neue argumenta oder fundamenta actionis vel exceptionis vorzubringen, aber doch müssen es novae probationes seyn.

## XI.

a) Ausser diesem Fall kann man auf blose antiqua keine Restitution begründen, besonders nicht aus dem Vorwand, als wären diese Gründe in vorigen Akten zwar an- aber nicht ausgeführt worden.



(*) a. a. O. §. 58.

Einige nehmen aus dem Visitationsabschied vom Jahre 1533. (oben §. III.) einen Grund für die Meynung, daß neue Deductionen solcher Sätze, welche in den vorigen Verhandlungen zwar angeführt, aber nicht deducirt wurden, eine Restitution begründen, weil dort die Ausdrücke vorkommen: „aus Ursachen, so vormals im Ge„richtshandel angezogen und deducirt wurden„; beydes also, Anführung und Deduction copulativ erfodert und vorausgesetzt werde, wenn man mit Grund es als alt betrachten, und zur Restitution nicht zulassen will.

Allein auf die Deduction eines Satzes kömmt es nicht an, der Richter muß jeden Umstand, der von den Partheyen angeführt wurde, ohne Rucksicht auf die damit verbundene Ausführung, nach seiner Wichtigkeit bey der Entscheidung zum Grund legen, besonders aus der Ursache, weil der jüngste Reichsabschied (*) Rechtsausführungen der Regel nach für überflüssig erklärt. Offenbar würde hierdurch das alte verdrüßlich recapitulirt, und das restitutorium in ein revisorium, in eine Beschwerde gegen

(*) §. 96. Danz §. 69.

gegen den Richter, daß er auf die angeführten erheblichen Umstände nicht Rücksicht genommen, verkehrt; folglich gegen die Eigenschaften gesündigt, welche der G. B. v. J. 1669. so nachdrücklich festgesetzt hat.

XII.

3) Wenn nur dieselben Thatumstände zum Grund liegen, aber die Sache aus einem andern Fundamente, worüber seither noch nicht erkannt worden, gefodert wird, so kann dies im Wege der Restitution nicht geschehen; nicht sowohl deswegen, weil es an novis gebricht, sondern weil da, wo ich die Sache aus einem andern Fundamente begehre, ein ganz anderer, vom vorigen unabhängiger, bis itzt noch unentschiedener Prozeß entsteht.

XIII.

4) Der gewöhnlichste Fall, wo die Partheyen die Restitution auf die vorigen Verhandlungen bauen, tritt unter dem Vorwand ein, daß diese Umstände zwar in den vorigen Verhandlungen vorgekommen, aber bey Fassung des Erkenntnisses nicht adtendirt worden seyen. Ich kenne einen sehr wichtigen

Rechts=

Rechtsstreit, der nach dieser Maxime in restitutorio entschieden wurde. Allein ich bekenne, daß ich diese Maxime ganz für gesetzwidrig halte. Sehe man doch ältere Senatsprotokolle nach; man wird bey Restitutionssachen finden, daß, wenn die Restitutionsgründe schon in den vorhergehenden Verhandlungen vorkamen, in dieselben gar nicht eingegangen und das Restitutionsgesuch verworfen wurde; und würklich liegt in dieser Abstimmung eine tiefe Weisheit, eine gänzliche Ueberstimmung mit den Gesetzen.

Wenn die Umstände in den Akten liegen, so kann der Richter sie nicht übergehen, ohne daß sein Urtheil beschwerend ist, und ein für diesen Fall eingeführtes Rechtsmittel, Appellation, Revision oder Nullitätsklage begründet; wollte man also hierauf eine Restitution bauen, so würde gegen das klare Verboth des G. B. v. J. 1669. das restitutorium in ein revisorium verwandelt. Mit vollem Rechte erklärt sich daher der verdienstvolle Hr. v. Riedesel (*) gegen diese Meynung, und macht sich die Idee Pütters (**) eigen, welcher sagt: „Sed

(*) a. a. O. S. 162.

(*) Introd. in rem. jud. Imperii §. 464.

„Sed quid, ſi non quidem ex novis, ſed vel ex „ſolis actis prioribus inique ſeu injuſte pronun„tiatum fuiſſe nunc appareat? Hoc certe non atten„di poteſt, ſiquidem eum in finem alia proſtant „remedia, quum in hoc contra omne punctum „nova ferant, nec adeo ultra jure extendi poſſit „novi judicis poteſtas." Jede Reſtitution iſt ein auſſerordentliches Rechtsmittel, deſſen ſich jener nicht bedienen kann, dem ein ordentliches Mittel verliehen iſt, ein Satz, der auch für den vorliegenden Fall vollkommen anwendbar iſt. Offenbar würde durch die gegentheilige Meynung der Willkühr des Richters ein weites unüberſehbares Feld geöffnet!

## XIV.

IV. Sind es nova, welche die Parthey bey den vorigen Handlungen ſchon hatte, aber anzuführen nicht für dienlich erachtete? — Cramer (*) führt aus, wie gefährlich es ſey, die Entſchuldigung anzunehmen, man habe nicht geglaubt, daß es nöthig ſey, dies oder jenes anzuführen oder beyzubringen, und eben dieſe Bedenklichkeiten finde ich in

(*) Obs. Tom. II. P. II. obſ. 371.

in einer neuern Abstimmung (*) angeführt; auch fühle ich das Gewicht dieses Arguments von der politischen Seite; aber für Diener der Gesetze, die nach, nicht von den Gesetzen urtheilen sollen, kann es kein Entscheidungsgrund seyn. Die Formel des Restitutionseydes, wie sie in den gemeinen Bescheiden v. J. 1669. u. 1671. bestimmt worden, enthält deutlich die Alternative, „daß die Partheyen von „ihrem neuen Einbringen vorher keine Wissenschaft „gehabt, oder solches doch zu der Sache dienlich „zu seyn nicht vermeynt.„ Auch im letzten Falle läßt demnach dieses Gesetz ausdrücklich die Restitution zu; auf diese nova kann also eine Restitution zuverläßig begründet werden.

## XV.

V. Einige wollen sogar in dem Fall eine Restitution nicht zulassen, wenn der Implorant die nova in seiner Verwahrung oder in seinem Archive hatte. Allein schon Hr. v. Riedesel hat dagegen bemerkt (**), daß er sich nicht getraue, die Beschränkung soweit auszudehnen, weil der Fall, wenn gleich

(*) Hoscher Samml. merkw. am K. R. K. G. entschiedener Rechtsf. Th. 4. S. 81. ff.

(**) a. a. O. S. 158.

gleich nicht immer wahrscheinlich, doch sehr möglich ist, daß besonders in großen oft durch Zufälle, Brand, Krieg, Translocirung, zerstreuten Archiven lange Zeit etwas vergeblich gesucht, und endlich erst zufällig gefunden wird.

## XVI.

VI. Wenn andere die Meynung äussern, daß jene nova keine Restitution begründen, welche dem Imploranten durch sein Verschulden bisher unbekannt geblieben sind, so haben sie zwar den allgemeinen Rechtsgrundsatz für sich, daß jeder die Folgen seiner Nachlässigkeit tragen muß; vergleicht man aber damit die gesetzlichen Verordnungen, so findet man in denselben keinen Grund zu dieser Einschränkung. Sie fodern vom Impetranten nichts, als daß er keine Wissenschaft von den novis hatte, oder daß er sie anzuführen nicht für dienlich erachtete; daß er von ihnen auch keine Wissenschaft haben konnte, hievon melden die angeführten gemeinen Bescheide nichts, und doch hätten sie dieses Erfoderniß mit leichter Mühe ausdrücken können, und nicht übergehen sollen, weil sie sogar da, wo

der

der Implorant die nova kannte, die Restitution zu-lassen, sobald er schwören will, daß er sie anzuführen nicht für dienlich ansah. Offenbar also wollen die Gesetze, sobald es einmal vere nova sind, die Restitution begünstigen. Zuwas soll auch diese Einschränkung nützen? Culpa non praesumitur; dem Gegentheil, welcher daraus die Unzulässigkeit der Restitution herleiten wollte, läge der Beweis darüber auf; ein Beweis, der in hundert Fällen unmöglich ist, immer aber unnöthigen Aufenthalt in der Sache machen, einen Streit über den andern erregen, oder zu einem neuen Eyd vor Gefährde Veranlassung geben würde, welcher sowenig als die andern Eyde vor Gefährde fruchtete.

## XXXI.

## Das Rechtsmittel der Restitution gegen Urtheile hat die Devolutivwürkung nicht.

(Zu Danz §. 436.)

### I.

Unter die Hauptsätze von der Restitution gegen Urtheile, welche Hr. Danz hier vorträgt, ver-

verdient auch der aufgenommen zu werden, daß man um Restitution gegen Urtheile bey dem obern Richter nicht bitten könne, daß sie also die Devolutivwürkung nicht habe.

Wenn man die Würkungen betrachtet, durch welche sich Devolutivmittel von den Nichtdevolutiven unterscheiden, welche ich schon oben (Abh. 26. §. 3.) näher angegeben habe, so wird man sich überzeugen, wie wichtig es sey, diese Lehre durch den von mir aufgestellten Satz zu ergänzen.

II.

Daß um Restitution gegen reichsgerichtliche Erkenntnisse bey den Reichsgerichten selbst gebethen werde, enthielt wohl den deutlichen Beweis, daß sie zu den Devolutivmitteln nicht zu zählen sey. Dennoch wollten viele Schriftsteller (*) diesen Satz nur auf Reichsgerichte einschränken, und behaupten, daß nach dem gemeinen Rechte man dieses Rechtsmittel nicht blos bey dem vorigen, sondern auch

(*) Blum proc. camer. tit. 57. §. 5. Roding pand. Camer. Lib. 3. tit. 60. §. 5. Uffenbach de Consil. Imp. aul. S. 110.

auch bey dem höhern Richter gebrauchen könne, weshalb Blum (*) sogar das Daseyn der Appellationssumme, um die Gerichtsbarkeit des Oberrichters zu begründen, erfodert.

## III.

Neuere Schriftsteller (**) hingegen erklären sich für die gegentheilige Meynung, und behaupten, das Rechtsmittel der Restitution gegen Urtheile müsse schlechterdings bey dem nämlichen Richter angestellt werden, welcher das vorige Erkenntniß fällte.

Die Gründe dieser richtigern Meynung sind 1) die Restitution ist keine Beschwerde gegen den vorigen Richter, man begründet es mehr auf einen Irrthum der Parthey, oder, wie sich Tafinger (***) sehr schön ausdrückt, „sententiam impugnat ob „partis errorem & ignorantiam.„ Hier fällt also der Begriff einer Klage oder Beschwerde hinweg, welche als die Bedingung, um die Gerichtsbarkeit

(*) a. a. O. §. 4.

(**) Ludolf Comm. syst. de Jur. Cam. Sect. I. §. 13. Cramer syst. proc. Imp. §. 1449. Tafinger Instit. Iustit. Jurispr. Camer. §. 1003.

(***) §. 1001.

keit des höhern Richters zu begründen, von den Gesetzen vorausgesetzt wird (*). 2) Das Recht der ersten Instanz, welches keinem Theile abgesprochen werden kann, scheint es zu fodern, daß Restitutionsgesuche gegen Urtheile bey dem höhern Richter nicht angebracht werden können. Dieses Rechtsmittel fodert nova, welche in den vorigen Verhandlungen noch nicht vorgekommen sind, worüber also bisher weder verhandelt noch gesprochen wurde; wollte man also über diese nova sogleich den Oberrichter angehen, so würde der Parthey darüber die erste Instanz abgeschnitten, und die Gerichtsbarkeit des Oberrichters gegen das Verboth der Gesetze per saltum begründet. 3) Selbst im Begriffe der Restitution scheint ein Grund dafür zu liegen, daß der nämliche Richter, wo man ex errore facti eine Verletzung erlitten hat, Hülfe ertheile. 4) Endlich war die Analogie der reichsgerichtlichen Praxis offenbar für den Satz, daß Restitutionen an den Oberrichter nicht gehören.



(*) Vergl. oben Abh. 26. §. 8. S. 135.

## IV.

Bewogen durch diese Gründe hat das kaiserliche Reichskammergericht durch ein Conclusum pleni vom 7. April 1702. in Sache Crawinkel contra Stift Bielefeld den Satz angenommen, daß gegen Urtheile der Unterrichter das Rechtsmittel der Restitution bey dem Reichskammergericht nicht angebracht werden kann; ein Conclusum pleni, dessen Bekanntmachung wir vorzüglich Lauterbach (*) verdanken. Hierdurch wurde diese Frage so entschieden, daß seither darüber weder bey den Reichs- noch Territorialgerichten ein Streit mehr obwaltet; deshalb auch dieser Satz zur Ergänzung der Lehre über dieses, wie ich in der vorhergehenden Abhandlung zeigte, wichtige Rechtsmittel gewiß ausgezeichnet zu werden verdient.

XXXII.

(*) Coll. theor. pract. Lib. 49. tit. 8. §. 9.

## XXXII.

## Die im Mangel einer Appellationssumme von den Reichsgesetzen eingeführte Revision ist das Surrogat der Appellation an die Reichsgerichte. — Practische Folgen dieses Satzes, besonders in Beziehung auf die Zulässigkeit neuer Thatsachen und Beweise.

(Zu Danz. §. 433.)

### I.

Die Reichsgesetze, besonders aus älteren Zeiten, sehen das Justizwesen als das Palladium der deutschen Freyheit an. Aus dieser Quelle flosen die schönen Verordnungen über die Subordination der Territorialgerichte unter den Reichsgerichten, der Verzicht auf Appellationsprivilegien, welchen die Churfürsten bey Errichtung des Kammergerichts leisteten, u. d. m, — Die Bestimmung der Rechtsmittel gegen Aussprüche der obersten Landesgerichte wurde also als Gegenstand der Reichsgesetzgebung behandelt.

II.

Und mit Recht; denn der Geist der Reichsverfassung liefert einen unumstößlichen Beweis, daß die Anordnungen über diese Gegenstände blos zur Sphäre der Reichsgesetzgebung gehören, und von der Territorialgesetzgebung gewissermassen nicht abhängen. Daß Rechtsmittel von den Aussprüchen der obersten Landesgerichte an die Reichsjustiztribunale statt finden, an welche Förmlichkeiten sie gebunden, mit welchen Wirkungen sie verknüpft sind, dieß ist Folge der Unterwürfigkeit der Territorialgewalt unter der Reichshoheit; hier erscheint die Landeshoheit nur in dem Nexus der Subordination, nur als Unterthan einer höhern Gewalt, sie kann also bey einem solchen Gegenstand — soweit reichsgesetzliche Bestimmungen vorhanden sind — nicht aus der gesetzgebenden Macht handeln, sie vereinigt in sich die doppelte Eigenschaft eines Unterthans und eines Oberherrn, und kann die letzte Eigenschaft nicht wirken lassen, wo sie nach der Reichsverfassung nur in der ersten Beziehung betrachtet wird.

## III.

Bey der Appellation ist dieß keinem Widerspruche ausgesetzt. Keinem Landesherrn ist erlaubt, an den Fatalien der Appellation an die Reichsgerichte, selbst soweit diese Fatalien bey dem Richter voriger Instanz beobachtet werden müssen, Abänderungen oder Zusätze zu machen. Wenn so etwas geschieht, wenn z. B. der Marggraf von Baden in einer Verordnung den Appellanten verbinden will, unter Strafe der Desertion in dem Badenschen Gerichte den Appellationseyd zu schwören (*), wenn andere etwa den Appellanten an die Reichsgerichte die Erlegung eines Succumbenzgeldes, welches durch die ältere Observanz nicht schon rechtmäßig ist, auflegen wollen, so sehen die Reichsgerichte dieses als einen Eingriff der Landeshoheit in die Reichsgewalt an, cassiren solche Verordnungen als null und nichtig, und ahnden sie sogar mit fiscalischen Strafen.

## IV.

Selbst die Gesetze meines Vaterlands biethen ein Beyspiel dar, welches lehrt, daß auch für den täg-

(*) Reuß St. Kanzl. Th. 16. S. 1.

täglichen Gebrauch diese Grundsätze des Staatsrechts unentbehrlich sind. Nach einer bamberg. Verordnung vom 4. Septbr. 1734. und 2. May 1754. besteht das fatale interponendae nach der Entlegenheit des Wohnorts der Partheyen in 10 oder 14 Tagen, oder 3 Wochen. — Wie sehr würde der Anwalt irren, der vom Ausspruche der hochfürstlichen Regierung an ein Reichsgericht appelliren, und wegen der Entlegenheit seiner Parthey die Appellation nach verstrichenem Fatale von 10 Tagen erst am 14ten Tage einlegen, und wähnen wollte, er habe das Fatale eingehalten! — Auf die Fatalien bey einer reichsgerichtlichen Appellation haben die Territorialgesetze keinen Bezug, weil diese Rechtsmittel als Gegenstände der Reichsgesetzgebung zur Sphäre der Territorialgesetzgebung nicht gehören.

## V.

Ob ein Landesherr den Reichsgesetzen derogiren könne? diese Frage kann hier nicht eingemischt werden, um die aufgestellten Grundsätze zu vernichten. Denn bey dieser Frage muß man jene Reichsgesetze ausscheiden, welche die Reichsverfassung betreffen, somit als Reichsgrundgesetze zu betrachten sind; diese

kön-

können durch Territorialgesetze nicht abgeändert werden, weil die Staatsverfassung von der Landeshoheit einzelner Stände nicht abhängt. Die Subordination der Landeshoheit unter den Reichsgerichten, die Rechtsmittel gegen Aussprüche der Obrigkeiten gehören zur Verfassung des deutschen Reichs als eines Körpers, auf sie kann daher die Territorialgesezgebung nicht wirken. — Wollte man aber diese Gesetze in die Klasse derjenigen bringen, welche nur als Civilgesetze für die Unterthanen gelten, so sind sie doch immer als absolut gebiethende oder verbiethende Gesetze anzusehen, welche die Landesherrn in ihren Ländern nicht abändern können.

## VI.

Auch die Revision in Sachen, welche aus Mangel der Appellationssumme an die Reichsgerichte nicht appellabel sind, zähle ich zu dieser Klasse, ich sehe dieses Rechtsmittel als das Surrogat der Appellation an die Reichsgerichte an. Den Beweis liefert die Geschichte dieses Rechtsmittels und der klare Buchstab der Reichsgesetze. Ich will den Beweis mit der Anwendung auf besondere Fragen sogleich verbinden.

VII.

Da man die Appellationssumme, welche die K. G. O. v. J. 1555 auf 50 fl. festgesetzt, und der Reichsabschied v. J. 1570 schon auf 150 fl. erhöht hatte, bey dem Deputationsabschiede zu Speyer v. J. 1600 auf 300 fl. vermehrte, fand man für nöthig, auch für jene zu sorgen, welche sich in einer kleinern Summe gekränkt halten würden. Unrecht im Kleinen bleibt dennoch Unrecht, und der größere Theil der Nation bleibt immer der Minderbegüterte(*); sehr gut wußten also die damaligen Verfasser der Reichsgesetze das Interesse der Nation zu berechnen, da sie für die größere Klasse der Menschen bey dem Mangel der Appellationssumme ein Rechtsmittel, die Revision, einführten. Ihre Absicht und die dabey stattfindenden Grundsätze wurden in den Worten ausgedrückt: „Es soll aber den Unterthanen ohnbenommen seyn, sondern frei stehen, da sie unter benannter Summa der dreyhundert Reichsgülden, davon nicht appellirt werden mag, sich beschwerdt zu seyn befinden, solche ihre Beschwerden und gravamina per viam supplicationis an ihre ordentliche Obrigkeiten und Herrschaften in gebührender Zeit Rechtens anzubringen,

(*) Jäger von der Revision §. 5.

bringen; welche auch schuldig seyn sollen, dieselbe anzunehmen, und per modum revisionis ex iisdem actis (es hätten dann die Parthien etwas neues fürzubringen, darüber sie gehört werden müßten, indeme ihnen noch zween Säz oder zwo Schriften zu gestatten wären) endlich zu entscheiden, oder aber nach Gelegenheit einer jeden Sache, oder da es von einer oder andern Parthey begehret würde, und erhebliche Ursachen vorhanden, auf eine Universität, oder aber zweyen oder dreyen Rechtsgelehrten ad revidendum zu überschicken. Die vorgemeldte Erhöhung aber der Appellations-Summen soll den Ständen des Reichs an ihren erlangten und habenden Privilegien, Freyheiten und sonsten ohnabbrüchlich verstanden, nnd dieselben in ihrem würklichen Effect und Kräften gelassen werden" (*).

## VIII.

Bey dem jüngsten Reichsabschied 1654. erhöhte man die Appellationssumme von 300 auf 600 fl., aber man verband auch damit die Revision, wie sie schon 54 Jahre vorher eingeführt war; man nahm das ältere Gesetz zur Basis, ohne eines durch das andere auf

(*) R. Deput. Absch. 1600. §. 16.

zuheben, verwieß das Neuere auf das ältere, bestättigte, erweiterte und verbesserte es daher in den Worten: „Doch mit diesem Zusaz und bescheydentlicher Erinnerung, auff den Fall die Summa nicht appellabel, und den effectum devolutivum an das Cammergericht nicht gehaben könnte, daß alsdann der Parthey ordentliche Obrigkeit, auf deroselben gebührendes Ansuchen und Begehren, die vollkommene Acta, vermög des Reichs-Deputations-Abschieds de Anno 1600 auff deren zuvor, mit Zuziehung und in Gegenwart beederseits Partheyen oder dero Gewalthaber fürgehende inrotulation (ohne nebenseitige recommendation) durch gewisse ohnpartheyische Rechtsgelehrte, revidiren, oder auff ohnpartheyische Universität, oder anderes Collegium Juridicum zu schicken, und dero rechtliches Gutachten darüber zu erfodern schuldig seyn. Jedoch abermals diese Verordnung den Ständen des Reichs an ihren erlangten und hergebrachten Privilegiis, Freyheiten, Lands-Ordnungen, Statuten, und sonsten ohne Nachtheil verstanden, sondern dieselbe in ihren Kräften gelassen werden." (*)

IX.

(*) J. R. A. §. 113.

## IX.

Schon diese Gesetze reichen hin, um die Bestimmungen der Gesetze über dieses Rechtsmittel und seine Verhältnisse zur landesherrlichen gesezgebenden Gewalt genau darzustellen.

1. Die Reichsstände können dieses Rechtsmittel nicht aufheben, denn es wird den Obrigkeiten befohlen, dasselbe anzunehmen, die Obrigkeit soll schuldig seyn, die Revision vorzunehmen.

2) Die Revision vertritt bey dem Mangel der Appellationssumme die Stelle der Appellation; klar sagt es die Verordnung des jüngsten Reichsabschieds, indem er die Revision auf den Fall einführt, daß die Summe nicht appellabel wäre; klar zeigt es die Absicht der Gesezgeber, den Partheyen da, wo die Appellationssumme nicht vorhanden ist, statt der Appellation mit einem andern Rechtsmittel zu Hülf zu kommen.

3) Alle Erfodernisse der Appellation, nur die Summe ausgenommen, müssen vorhanden seyn und von ihr gilt auf die Revision ein analoger Schluß; denn nur in der Devolutivwirkung unterscheiden sich beyde Rechtsmittel.

4.

4) Daher hat sie auch die Suspensivkraft mit der Appellation gemein.

5) Der Regel nach wird die Revision über die nämlichen Acten vorgenommen, und in diesem Fall hat jeder Theil nur einen Schriftsatz.

6) Aber den Partheyen, beyden also, dem Revidenten und dem Revisen steht es frey, nova beyzubringen. Sie müssen damit gehört werden, und alsdenn sind noch zwey Schriften zu gestatten.

7) Die Revision muß entweder durch unpartheyische Rechtsgelehrte oder eine unpartheyische Universität oder anderes Collegium Juridicum vorgenommen werden.

8) Auf Verlangen einer oder der andern Parthey muß die Versendung ad impartiales exteros geschehen.

## X.

Da nun die Absicht der Reichsgesetze bey Einführung dieses Rechtsmittels dahin gieng, bey Sachen, wo es an der Appellationssumme mangelt, ein

minder

minder kostspieliges aber eben so wirksames Rechtsmittel einzuführen, als bey vorhandener Summe die Appellation ist, da Revision als Surrogat der Appellation eingeführt wurde, da den Landesherrn bey diesem Rechtsmittel allenthalben nur Verbindlichkeiten aufgelegt werden, so folgt, daß den Landesherrn die Macht nicht zukömmt, an diesem Rechtsmittel, soweit dasselbe durch die Reichsgesetze bestimmt ist, abzuändern. Nur insoferne manche Stücke des Verfahrens noch unbestimmt sind, ist es den Landesherrn erlaubt, mit der gesezgebenden Gewalt auf dasselbe in ihren Ländern zu wirken. Wir wollen die wichtigsten Fälle nach diesem Maasstab beurtheilen.

## XI.

1) Nach der Verordnung des Deputationsabschieds soll um Revision in gebührender Zeit Rechtens nachgesucht werden. — Unter diesem Ausdruck kann nach der Analogie der Appellation nichts anders, als das Fatale von 10 Tagen verstanden werden; hierüber ist daher eine ausdrückliche Bestimmung in den Reichsgesetzen enthalten, welche durch ein Landesgesetz so wenig, als das fatale interponendae appellationis an die Reichsgerichte, abgeändert werden kann. (Vergl. §. IV.)

2) Jeder Parthey ist erlaubt, einen Schriftsatz beyzubringen, kein Territorialgesetz kann daher die Partheyen verbinden, blos auf die vorigen Akten zu submittiren.

3) Innerhalb welcher Zeit diese Schriften eingebracht werden müssen, dies lassen die Reichsgesetze unentschieden, darüber können also Territorialverordnungen gegeben, und Termine unter der Strafe der Desertion vorgeschrieben werden.

XII.

4) Die Suspensivkraft darf der Revision so wenig als der Appellation an ein Reichsgericht entzogen werden.

5) Succumbenzgelder oder Revisionseyd sind in den Reichsgesetzen mit Stillschweigen übergangen. Sie sind kein Mittel, die Revisionen zu hindern, sondern sie dienen bloß dazu, um frevelhaften Revisionen vorzubeugen; jene Verordnungen sind daher nicht gegen die Gesetze, wodurch eines oder das andere gegen muthwillige Revisionen eingeführt wird.

## XIII.

6) Die Bestimmung einer Revisionssumme scheint mir gegen die Reichsgesetze anzustoßen. Jäger (*) glaubt zwar, die Reichsgesetze schwiegen davon, der Landesherr könne also eine Revisionssumme einführen, nur därfe die Summe nicht zu groß seyn, damit es nicht scheine, als wollte der Landesherr die Revision elidiren. — Allein

a) Was ist wohl der Maasstab, nach welchem man bestimmen will, ob die Summe nicht zu groß sey?

b) Geht Jäger ganz von einer falschen Voraussetzung aus, wenn er glaubt, die Sache sey durch die Reichsgesetze nicht bestimmt. Sie fodern sichtbar nichts als den Mangel der Apellationssumme, in allen andern Sachen befehlen sie den Landesherrn, die Revision anzunehmen. Es liegt also am Tage, daß ein Landesherr, welcher die Revision aus Mangel der revisiblen Summe anzunehmen sich weigern wollte, eine ihm von den Reichsgesetzen auferlegte Verbindlichkeit unerfüllt belassen würde. Jede Sache, welche bey dem obersten, den Reichsgerichten unmittelbar

(*) Von der Revision §. 32.

bar subordinirten, Territorialgerichte anhängig ist, und bey welcher es nur an der Appellationssumme mangelt, ist ipso iure revisibel.

XIV.

7) Streitiger, als alles vorhergehende, ist die Frage, ob Nova bey dieser Revision zuläsig seyen? Der Reichsdeputationsabschied v. J. 1600 §. 16. entscheidet die Frage deutlich, er erlaubt beyden Partheyen nova vorzubringen, und erhöht sogar in diesem Falle die Zahl der Schriften, woraus die Revisionsverhandlungen bestehen sollen. — Auch hier wandelt er getreu auf der Bahn fort, daß die Revision das Surrogat der reichsgerichtlichen Appellation ist, und gibt beyden Theilen das Recht, nova beyzubringen, weil auch die Appellation für beyde Theile, die bekannte Wirkung non probata probandi, hervorbringt.

Würde der jüngste Reichsabschied diesen Gegenstand mit Stillschweigen übergehen, so mußte er schon aus dem Deputationsabschiede v. J. 1600 ergänzt werden. Allein er thut noch mehr; er bestärkt sehr deutlich die Verordnung des gedachten

Dep.

Dep. Abschieds, indem er die Obrigkeit verbindet, „die vollkommene acta, vermög des De„putationsabschieds de Anno 1600 — zu„schicken.“ — Nach dem Deputationsabschied bestehen die vollkommenen Akten theils aus den ersten, theils aus den Revisionshandlungen, und diese entweder aus zwey Schriften, wenn keine nova vorgebracht wurden, oder aus vier Schriften, wenn nova beygebracht sind.

Daß nova zuläßg seyen, ist also klar in den Reichsgesetzen verordnet, und die landesherrliche gesezgebende Gewalt ist nicht vermögend, diese Reichsgesetze abzuändern.

XV.

Wenn also auch die Revision, als ordentliches Rechtsmittel betrachtet, schon nach ihrem Begriffe fodert, daß sie auf die vorigen Akten eingeschränkt sey, so kann von ihr auf diese Revision, als ein ausserordentliches Mittel in den aus Abgang der Summe nicht appellablen Fällen nicht geschlossen werden, weil nicht allein die Natur der Sache die Anwendung auf dieses Rechtsmittel, als das Surrogat der Appellation an die Reichsgerichte, verbiethet, sondern auch die klare Disposition der Reichsgesetze entgegensteht.

# XXXIII.

## Ueber die Verbindung des Rechtsmittels der Restitution mit der Revision.

(Zu Danz. §. 433 u. 436.)

### I.

Bey dem kaiserlichen Reichskammergerichte verbinden die Partheyen gewöhnlich das Rechtsmittel der Revision mit jenem der Restitution. Sie haben hiebey die Absicht, durch die Restitution die Execution zu hemmen, und durch die Revision dem Schaden vorzubeugen, der ihnen sonst durch die Rechtskraft des Ausspruchs zugehen würde. Indessen werden beyde Rechtsmittel nicht miteinander verhandelt, sondern die Restitution lauft in ihrem ordentlichen Wege, und die Revision ruht, sobald einmal die Fatalien beobachtet sind.

### II.

Diese eventuelle Verbindung beyder Rechtsmittel hat nichts widersprechendes in sich; denn wer Revision sucht, erklärt, daß er durch das Erkenntniß

nach

nach der gegenwärtigen Aktenlage beschwert ist, und wer Restitution sucht, giebt sich für verletzt an, weil der Richter jene Data nicht gewußt habe, die ihn zur Fällung eines andern Ausspruchs bewogen hätten. Bey der Restitution billigt man also das Erkenntniß nicht, sondern man präscindirt davon, ob es nach der Lage der Akten beschwerend ist oder nicht, und man begehrt Aufhebung des Urtheils wegen den neu aufgefundenen Umständen oder Beweisen. Hier ist es nun kein Widerspruch, wenn ich das Urtheil für beschwerend ausgebe, deshalb Revision suche, und, auch dies bey Seite gesetzt, durch nova eine Restitution begründe.

## III.

Indessen trifft man diese eventuelle Verbindung der beyden Rechtsmittel nur bey dem Reichskammergerichte an, und sie hat ihren Grund in der sehr beschwerlichen Art, Revisionssachen zu erledigen und in der diesem Rechtsmittel entzogenen Suspensivkraft. Der Reichshofrath, wo die Revisionen schnell erledigt werden, und Suspensivkraft haben, bedarf dieser eventuellen Verbindung nicht, sondern erst versuchen die Partheyen ihr Glück mit

der

der Revision, nach welcher sie noch immer um Restitution ex capite novorum bitten können, wenn die nöthige Eigenschaften der Restitution vorhanden sind.

## IV.

Von diesen höchsten Reichsgerichten, von einer eventuellen Verbindung beyder Rechtsmittel rede ich nicht, sondern nur von dem Fall, wenn man mit der im Mangel der Appellationssumme eingeführten Revision (*) das Rechtsmittel der Restitution so verbinden will, daß beyde zugleich simultaneo processu verhandelt werden, und von diesem Fall glaube ich, daß eine Vereinigung beyder Rechtsmittel schlechterdings nicht statt finden könne. Ich will die vorzüglichsten Gründe anführen.

## V.

1) Die Revision, von der ich rede, muß von der Obrigkeit angenommen werden, ohne daß sie einen Relevanzbescheid über die Erheblichkeit der Beschwerden abzufassen, und die Revision etwa

ex

(*) Man sehe die vorige Abh.

ex defectu gravaminum, wie dies bey der Appellation vom Oberrichter geschieht, abschlagen könnte; dahingegen müssen bey der Restitution erst die Erfodernisse derselben vom Richter geprüft werden, und er ist berechtigt, die Restitution nach erhaltenem Restitutionslibell, ohne es zu Verhandlungen kommen zu lassen, wegen Mangel der Erfodernisse sofort abzuschlagen, wie man aus den von Hanzely (*) gesammelten reichshofräthlichen Formeln sehen kann.

## VI.

2) Das Rechtsmittel der Restitution hat die Devolutivwürkung nicht, sondern es muß nach dem Concluso pleni des kais. Reichskammergerichts vom 7. April 1702 (*) bey dem nämlichen Richter angebracht werden, welcher das vorhergehende Urtheil fällte, und er selbst darf über die Restitution erkennen. Bey der reichsgesetzmäsigen Revision hingegen darf der vorige Richter nicht selbst die Revision vornehmen, sondern sie muß durch unpartheyische Rechtsgelehrte geschehen; diese Revision geschieht also nicht

ganz

(*) Anleitung Th. II. S. 657.

(*) Lauterbach Coll. theor. pract. Lib. 49. tit. 8. §. 9.

ganz so vom nämlichen Richter, wie die Restitution erledigt wird.

## VII.

3) Offenbar würde den Partheyen in Rücksicht auf die Restitution eine Instanz benommen; denn gegen das im Restitutionsverfahren erfolgende Erkenntniß finden alle Rechtsmittel, sogar jenes der Revision statt; wollte man daher mit der Revision die Restitution simultaneo processu verbinden lassen, so würde man schon in letzter Instanz über einen Gegenstand erkennen, welcher noch zur ersten Instanz gehört; die Verbindung beyder Rechtsmittel würde demnach einen offenbaren Eingriff in das jus primae instantiae enthalten.

## XXXIV.

## Wo muß bey der in die Stelle des reichsgerichtlichen Appellation eingeführten Revision gegen verabsäumte Nothfristen um Restitution gebethen werden?

(Zu Danz §. 433.)

### I.

Daß bey Appellationen gegen verabsäumte Nothfristen nur der Oberrichter restituiren kann, hab ich oben (Abh. XXV.) bewiesen. Bey der Revision, welche als das Surrogat der Appellation an eines der höchsten Reichsgerichte zu betrachten ist, und wovon die beyden vorhergehenden Abhandlungen handeln, kann die nämliche Frage eintreten. Auch hier bin ich der Meynung, daß über die Restitution nur von jenem erkannt werden kann, welcher das Recht hat, über die Revision selbst zu urtheilen. Wenn also zur Revision ein besonders Revisorium angeordnet ist, oder wenn zu derselben einige Räthe ernannt werden, welche an dem vorigen Schlusse keinen Antheil haben, so muß bey diesen um Restitution gegen verabsäumte Nothfri-

sten gebethen werden, und das vorige Judicium kann über dieses Restitutionsgesuch nicht erkennen.

II.

Nebst den Gründen, welche oben bey der Apellation vorkamen, und welche auf die Revision, von der ich rede, um so mehr anwendbar sind, als sie das Surrogat der Appellation an ein Reichsgericht ist, und die Reichsgesetze (*) den Richter verbinden, die Revision durch unpartheyische Rechtsgelehrte vornehmen zu lassen, fand ich in den Staatsacten einen neuen Grund, welcher meine Meynung nicht nur bey der Revision, sondern sogar bey der Appellation in einem hohen Grade bestärkt, und über jeden Zweifel erhebt.

III.

In Sache der Freyherrn von Gemmingen zu Treschkingen contra des regierenden Herrn Landgrafen von Hessendarmstadt Hochf. Durchl., und die Freyherrn v. Gemmingen zu Fränkisch-Grumbach war Recurs ergriffen, und die Fatalien der Revision gegen das reichskammergerichtliche Urtheil ver-

(*) J. R. A. §. 113.

verabsäumt; die Recurssache kam auf dem Reichstage in Proposition, und durch einen Reichsschluß wurde festgesetzt, daß solche Recurssachen zur Revision an die Visitations- und Revisionsdeputation verwiesen werden sollen; damit nun es an den Fatalien der Revision nicht mangle, verordnete man, daß die Restitutio in integrum wider die verabsäumten Revisionsfatalien zu verstatten, aber von dem Visitationsconsesse, also nicht vom Kammergerichte zu ertheilen sey. Die treffende Stelle des kaiserlichen Ratificationsdekrets vom 7. Julius 1768. (*) sagt:

„Wie nun Ihro Römisch Kaiserl. Majestät je„derzeit geneigt seynd, in dem Heil. Röm. Reich „eine schleunige unpartheyische Justiz allermänniglich „zu leisten, und die vorbringende Beschwehrden in „gesetzmäßigen Weg zur Erledigung zu beför„dern, so begnehmigen auch Allerhöchstdieselbe vor„erwähntes Rs. Gutachten dahin, daß diese Rechts„sache, obwolen darinn das remedium revisi„onis zur gebührenden Zeit zu interponiren verab„säumet worden, an den bey Ihro Kaiserl. Kam„mer-

(*) Bey Balemann Visit. Schlüsse Abth. 1. S. 16.

„mergericht angeordneten Visitations- und Revisi-
„onsconseß zur Untersuch- und Erörterung zu ver-
„weisen, zu dem Ende Allerhöchstdieselbe die be-
„gehrte Kaiserl. Verfügung an besagten Visitations-
„und Revisionsconseß und gedachtes Kammergericht
„unter einstens dahin machen, auf daß jetztgemeld-
„ter Conseß vorerst die restitutionem in in-
„tegrum wider die versäumte Revisionen ohne
„Untersuchung der causalium ertheile, und, nach
„behörig eingeführter Revision, das zu derselben
„schleuniger Entscheidung Nöthige und in den Rs.
„Satzungen Vorgeschriebene veranstalte, das Kam-
„mergericht aber nach der nunmehr eintretenden or-
„dentl. Revision in puncto executionis sich
„nach dem, was die Rs. Gesetze der Revision hal-
„ber verordnen, achten solle.„

## IV.

Balemann (*) macht hiezu die Anmerkung, daß diese Wiedereinsetzung zu den Vorbereitungen der Revisionen gehöre, und mithin vom Erkenntniß der Visitation abhange; Cramer (**) stimmt da-

(*) a. a. O. Abth. 2 S. 344.
(**) Syst. proc. Imp. §. 1553.

damit ganz überein, wenn er sich in den merkwürdigen Worten ausdrückt: „Si fatalia notorie „lapsa, consequenter revisio deserta & Restitutio „in integrum petitur, cognitio desuper ultra fatalia tendit, judexque fatalia lapsa pronnuncians, „officio suo functus est. Hinc restitutio in in„tegrum, puncto ipsius revisionis desertae, in „camera peti nequit, sed ad Revisores pertinet, „praesertim quod Camera, desertam Revisionem „approbando auctoritati suae praejudicaret.

Anerkannt ist also durch einen Reichsschluß der Satz, daß gegen verabsäumte Nothfristen um Restitution nicht bey dem Richter, welcher vorher gesprochen hat, sondern nur bey dem Richter, welchem das Erkenntniß über das Rechtsmittel selbst zukömmt, gebethen werden müsse; und hierdurch entsteht nicht nur ein für die Revisionen nach dem Sinne des jüngsten Reichsabschieds gültiges Argument, sondern meine in der 25. Abhandlung geäusserte Meynung wird als allgemeiner Rechtssatz durch Anerkennung von Seite der gesetzgebenden Gewalt in Deutschland vollkommen bewiesen.

---

XXXV.

## XXXV.

## Ueber die Strafe des Ungehorsams bey Partheyen, welche sich nicht selbst vertreten können. Ein Beytrag zum 1. Th. der jurist. Abh.

( zu Danz §. 456. )

### I

Nicht selten sind Vormünder in Sachen ihrer Pupillen, Administratoren in Sache der Stiftungen, kurz die Anwälte jener Partheyen, die sich nicht selbst vertreten können, ungehorsam, und die Frage, wie ihr Ungehorsam zu bestrafen sey, beschäftigte schon im Jahre 1595. das kaiserliche Reichskammergericht; als ein Dubium Camerale wurde die Frage der Reichsdeputation vorgelegt, und sie war mit dem Kammergericht der Meynung, daß die Strafe des Ungehorsams nicht gegen den Pupillen, sondern nur gegen den Vormund verhängt werden könne (*). Nichts war auch natürlicher; eine Strafe darf einen dritten unschuldigen nicht treffen, wenn daher der Vormund ungehorsam ist, so verdient er, aber nicht sein unschuldiger Pupill, die Strafe.

II.

(*) Dep. Absch. 1600. §. 95.

II.

Von dieser Seite wenn man die Entscheidung der Reichsdeputation betrachtet, so verdient sie nicht nur allen Beyfall, sondern sie ist auch noch heutzutag ein allgemein verbindendes Gesetz. Allein im Jahre 1600, von welchem die Entscheidung sich herschreibt, gab es noch drey Wege, den Ungehorsam zu strafen, 1) die Strafe der Acht, 2) die Immission ex primo decreto, 3) Fortsetzung der Hauptsache bis zum Ende (*); daher finden wir die Entscheidung so verfaßt, daß der Prozeß nicht in der Hauptsache der Pupillen oder Minderjährigen, noch deren Güter, sondern wider die Vormünder, als nemlich auf die Acht oder deren Güter, angestellt und verfahren werden soll (**). Nun hat der jüngste Reichsabschied (***) die Strafe der Acht oder der Immission ex primo vel secundo decreto als Mittel, den Ungehorsam zu bestrafen, gänzlich aufgehoben, und es ist die Frage, wie der Ungehorsam am Vormund zu bestrafen sey?

III.

(*) O. C. 1495. tit. 19. §. 1. O. C. 1555. P. III. tit. 43.

(**) D. A. 1600. §. 95.

(***) §. 36.

III.

Roding (*) sieht die Verordnung des Deputationsschlusses v. J. 1600. als specielles Gesetz an, welches durch den jüngsten Reichsabschied nicht aufgehoben wurde, er sieht also die erste Verordnung noch als vollkommen gültig an. Auffallend ist es, daß sogar das Reichskammergericht noch am 12. December 1659. in Sache Münchhausen gegen das Weinamt zu Hildesheim auf die Immission ex primo decreto erkannte.

IV.

Auch Pütter (**) ist dieser Meynung; sein Raisonnement ist wörtlich folgendes: „Solum in eo casu retinenda antiqua via immissionis ex primo decreto, quando contra tutorem seu curatorem ceu reum contumacem agitur. Tunc enim non procedi potest in causa principali in detrimentum pupilli vel minoris; nec amplius hodie ad proscriptionem; ergo solum ad immissionem istam in bona tutoris vel curatoris.

V.

(*) Pandectae Camerales Lib. III. tit. 56. §. 5.

(**) Introd. in rem Judiciar. Imperii §. 222. Nova Epit. Proc. Imp. §. 105.

V.

Allein offenbar hat man hier einen falschen Begriff eines besondern Gesetzes aufgestellt. Bey dem Deputationsabschiede war die Frage, ob der Ungehorsam des Vormunds dem Pupillen schaden könne? — Diese Frage wurde nach der Natur der Sache verneinend entschieden, daher verordnet, daß nur der Vormund bestraft werden solle. Man wandte nunmehr die allgemein geltenden Strafen des Ungehorsams gegen den Vormund an, und bestimmte, daß die Acht oder Immission in die Güter gegen den Vormund zu verhängen sey. Dieses Gesetz ist also nicht bey der Auswahl der Strafen, sondern nur in Hinsicht auf die Bestimmung der Personen, welche die Strafe trifft, ein specielles Gesetz. Da nun durch den jüngsten Reichsabschied die Acht und Immission aus der Reihe der Contumacialstrafen allgemein ausgestrichen wurden, so folgt, daß sie auch gegen den Vormund nicht mehr statt finden können (*).

VI.

(*) Man vergleiche meine Abh. über den Begriff eines besondern Gesetzes in Anwendung auf den bekannten Rechtssatz: durch ein allgemeines Gesetz wird ein besonderes nicht aufgehoben. Im ersten Theile meiner Abh. S. 116.

## VI.

Insonderheit ist Pütters Meynung nicht ganz consequent, denn wenn er die Strafe der Acht gegen den Vormund nicht verhängen will, wenn er diese durch ein allgemeines Gesetz, den jüngsten Reichsabschied für aufgehoben ansieht, warum soll wohl die Immission übrig bleiben, welche eben derselbe jüngste Reichsabschied mit der Strafe der Acht zu gleicher Zeit abgeschafft hat?

## VII.

Nur eine arbitraire Strafe kann gegen den Vormund, oder jenen verhängt werden, der in fremdem Namen auftritt. Diese besteht das erstemal in einer Geldstrafe, welche der Vormund aus seinem eigenen Vermögen zu bestreiten hat, und dem Pupillen nicht aufrechnen darf; bey fortdaurendem Ungehorsam muß mit Remotion gegen denselben fürgeschritten werden, als der seiner Nachlässigkeit am angemessensten, Strafe.

XXXVI.

# XXXVI.

## Von den Würkungen der Antretung des Beweises durch Zeugen und der Production, besonders in Hinsicht auf die Zulässigkeit neuer Zeugen und Artikel.

(Zu Danz. §. 301. u. 307.)

### I.

Nicht selten werden die Würkungen, welche aus der Antretung des Beweises durch Zeugen entstehen, mit den Folgen verwechselt, welche die Production der Zeugen hervorbringt. Wichtig ist diese Lehre, und ihre Folgen sind vorzüglich an den Veränderungen des angetretenen Beweises und an der Zulässigkeit neuer Zeugen und Artikel sichtbar.

### II.

A) Bey den Folgen der **Beweisantretung** durch Zeugen unterscheidet Hr. **Danz** mit Recht, ob der Beweistermin peremtorisch war, oder nicht. Im letzten Falle hat der Beweisführer bis zur Eröffnung des Zeugenrotels freye Hand, insoweit, daß er neue Zeugen vorschlagen, neue Artikel übergeben

kann.

kann. Wenn aber Hr. Danz ihm ganz ungebundene Hände zuschreibt, so könnte dieses zu Folgen führen, welche selbst in der Idee dieses Schriftstellers nicht lagen. Man könnte denken, daß der Producent bis zur Eröffnung des Zeugenrotels, statt des gewählten Beweismittels durch Zeugen, ein anderes ergreifen könnte, und daß er von den benannten Zeugen einige fallen zu lassen befugt wäre. Allein hier würden ihm die Folgen der Production offenbar im Weg stehen. Man muß also die Regel im Falle, daß der Beweistermin nicht peremtorisch war, in der Art näher bestimmen: der Producent kann 1) bis zur Production der Zeugen alle erdenkliche Veränderungen mit seinem Beweise vornehmen; er kann die ganze Beweisantretung durch Zeugen aufgeben und ein anderes Beweismittel ergreifen, er kann von den angegebenen Zeugen soviele fallen lassen, als er will, er kann neue Zeugen vorschlagen, neue Artikel übergeben, oder die vorigen Artikel abändern; 2) nach der Production kann er bis znr Eröffnung des Zeugenrotels neue Zeugen und neue Artikel angeben, aber 3) an den bereits producirten Zeugen kann er nichts mehr verändern,

dies verbiethen die Folgen der Production, welche ich unten näher bestimmen werde.

III.

Ist hingegen der Beweistermin peremtorisch, so kann vor Verlauf desselben der Producent alle, im vorhergehenden Paragraph Num. 1. angegebene Veränderungen mit dem Beweise vornehmen; aber nach Verlauf des Termins ist er in dieser Befugniß durch die Präclusivkraft des Beweistermins sehr eingeschränkt. Aufgeben von den angeführten Beweismitteln kann er, soviel er will, aber nichts beysetzen. Er kann also bis zur Production der Zeugen von denselben fallen lassen, soviel es ihm beliebt, aber neue Zeugen zu benennen, oder neue Artikel zu übergeben, ist ihm der Regel nach nicht mehr erlaubt.

IV.

Stellt man dieses, was ich bisher von den Folgen des Beweisantritts durch Benennung der Zeugen anführte, zusammen, so ist es sichtbar, daß diese Benennung gegen den Producenten gar keine nachtheilige Folgen hervorbringt; ohne durch sie gehinderr

hindert zu seyn, kann er alle Veränderungen des Beweises vornehmen, wenn ihn die peremtorische Kraft des Beweistermins nicht hindert; alle Einschränkungen sind demnach nur eine Folge dieser Präclusivkraft, und die Beweisantretung, als solche, hat auf die Veränderungen des Beweises gar keinen Einfluß.

V.

B) Weit wichtiger aber sind die Folgen, welche aus der Production der Zeugen entspringen. Zwar hat die Production die Würkung nicht, daß erst durch dieselbe eine Veränderung des Beweises unstatthaft wird, wie Danz (*) glaubt; denn diese Folge entsteht blos aus der präclusiven Kraft des Beweistermins (§. IV.); demungeachtet hat sie große Würkungen, besonders darin, daß durch sie die Zeugen gemeinschaftlich werden (testes per productionem fiunt communes), ein Axiom, dessen Folgen Danz (**) dahin näher bestimmt, daß 1) der Producent die vorgeführten Zeugen nicht mehr aufgeben,

(*) §. 307.

(**) a. a. O.

geben, oder nach der Kunstsprache, fallen lassen (*), noch auch 2) gegen ihre Glaubwürdigkeit Einwendungen machen kann, sondern es sich gefallen lassen muß, daß der Product ihre Aussagen auch zu seinem Vortheile gebraucht, oder sich 3) der Zeugen bey seinem Gegenbeweise bedient; der Product hingegen kann 4) keine Einwendungen gegen die Zeugen mehr vorbringen, wenn er vor der Abhörung der Zeugen sich seine Einreden nicht vorbehalten hat.

## VI.

Diese allgemeinen Sätze liefern in Anwendung auf die Frage: ob der Beweisführer nach der Beweisantretung neue Zeugen benennen könne? folgendes Resultat:

1) Wenn der Beweistermin nicht peremtorisch war, so kann es solange, als der Zeugenrotel noch nicht eröffnet ist (§. II.) geschehen.

2) Eben diese Rechte tretten ein, wenn der Beweistermin zwar peremtorisch, aber noch nicht verstrichen ist (§. III.).



(*) Claproth ordentl. Proz. Th. 2. §. 280.

3) War aber der peremtorische Beweistermin abgelaufen, so können in der Regel andere Zeugen nicht mehr benannt und producirt werden.

4) Indessen hat doch diese Regel Ausnahmen; und zwar a) wenn es neu aufgefundene Zeugen sind; man könnte ja wegen denselben gegen ein rechtskräftiges Urtheil das Rechtsmittel der Restitution brauchen (*), wievielmehr muß es erlaubt seyn, sich derselben re adhuc integra zu bedienen (**). b) Wenn vor dem Verhör ein oder mehrere Zeugen mit Tod abgehen sollten, so steht es dem Beweisführer frey, an deren Stelle andere Zeugen zu benennen; dies ist ein unvorhergesehener Zufall, wegen welchem ihm die Hülfe nicht versagt werden kann (novum emergens novum requirit auxilium) (***).

## VII.

Nur entstehen bey dem letzten Falle zwey Fragen. 1. Kann der Beweisführer an die Stelle eines verstorbenen Zeugen zwey oder mehrere Zeugen benen-

(*) Vergl. oben die 30ste Abhandl.

(**) Wernher Part. VII. obs. 222.

(***) Knorre Anleit. zum gerichtl. Proz. Hauptst. II. §. 13.

nennen? Knorre (*) behauptet mit Recht, daß er bey Benennung anderer Zeugen an die Stelle der Verstorbenen an eine gleiche Zahl nicht gebunden werden könne; denn es ist gar oft möglich, daß kaum zwey oder drey andere Zeugen soviel Kenntniß von der Sache haben, als dem verstorbenen Zeugen beygewohnt hat; ganz unzureichend würde also die dem Beweisführer wegen unvorhergesehenen Umständen zustehende Hülfe seyn, wenn man von ihm fodern wollte, daß er bey Benennung anderer Zeugen an die Stelle der abgegangenen Zeugen die vorige Zahl beybehalten müsse. Nur darin kann ich Knorren nicht beystimmen, daß er die Benennung mehrerer neuen Zeugen von der Willkühr des Richters abhängig macht. Wie kann der Richter vor Abhörung der Zeugen beurtheilen, ob der abgegangene Zeuge durch einen oder durch mehrere Zeugen ersetzt wird? Der Richter kann also darüber nichts bestimmen, er kann den Beweis, welchen die Gesetze im allgemeinen begünstigen, nicht einschränken, dies also hängt blos allein von dem Beweisführer ab.



(*) a. a. O. gleicher Meynung ist Leyser Med. ed. Pand. Sp. 259. med. 4.

VIII.

2. Sind da, wo dem Beweisführer die Production neuer Zeugen erlaubt wird, auch neue Beweisartikel zuläſſig? — Auch dieſe Frage muß ich mit Wernsdorff (*) und andern Rechtsgelehrten (**) zum Vortheil des Beweisführers entſcheiden; denn da nicht immer alle Zeugen gleiche Wiſſenſchaft von der Sache haben können, und da die Verhältniſſe der einzelnen Zeugen, die Umſtände, von denen ſie Kenntniß haben, ſehr verſchieden ſind, ſo kann dies eine Veränderung in den Artikeln nothwendig machen, ohne welche ſie zweckwidrig ſeyn würden. Verſchiedene Beobachtungen einerley Thatſache machen oft verſchiedene Erfahrungen. Wenn alſo die Geſetze die Benennung neuer Zeugen erlauben, ſo müßen ſie auch verſtatten, daß die neuen Zeugen über neue Artikel vernommen werden, weil ſonſt die Abſicht der Geſetze nicht erreicht werden könnte.

XXXVII.

---

(*) Diſſ. de novis teſtibus, ſuper novis etiam articulis probatorialibus examinandis. Viteb. 1791.

(**) Hommel Rhapſ. obſ. 512. Klübers kl. juriſt. Bibl. Band 6. S. 303.

# XXXVII.

## Wie muß bey den Territorialgerichten die Appellationssumme jährlicher Renten berechnet werden, wenn Landsgesetze dieses nicht entscheiden?

(Zu Danz §. 417.)

### I.

Der Satz, daß die Reichsgesetze als eine Quelle des gemeinen Prozesses anzusehen sind (*), ist vorzüglich in der Lehre von der Appellationssumme fruchtbar an Folgen. Wenn auch Landesgesetze die Appellationssumme bestimmen, so enthalten sie doch sehr wenige Verordnungen über die Grundsätze, welche bey der Berechnung dieser Summe zu beobachten sind. Hier müssen demnach die Territorialgesetze aus den Reichsgesetzen ergänzt werden. Es ist also richtig, daß auch in den Territorien nur auf die Summe der Beschwerde Rücksicht genommen wird, und daß der Regel nach weder mehrere Summen zusammen, noch die Interessen, Schäden und Kosten zur Hauptfoderung gerechnet werden können, um die Appella-

tions-

*) Siehe oben Seite 4 und 150.

tionssumme herauszubringen (*). Besonders wird man eine Lücke über die Appellationssumme an jährlichen Renten wahrnehmen; aber auch da glaube ich, daß man nach der Analogie der Reichsgesetze die Summe in den Territorien bestimmen müsse. Ich will, da dieser Satz eines weitläufigen Beweises wohl nicht bedarf, ihn vielmehr durch ein Beyspiel aus den Gesetzen meines Vaterlands erläutern.

## II.

Eine bambergische Verordnung vom 2. May 1754 bestimmt die Appellationssumme, um an die hochfürstliche Regierung oder eine andere obere Territorialinstanz zu appelliren, auf 50 fl. fränk.; doch nimmt sie nach der Analogie des jüngsten Reichsabschieds (**) eine Summam adpellabilem pauperum in den Worten an: „Es wäre denn Sache, daß arme Leuthe, so entweder kundbarer massen bedürftig „seynd, oder an Eydesstatt erhärten könnten, wie „sie

(*) Man sehe darüber die schätzbare Abhandlung von Stark Tr. de Summa appellabili in deferendis ad summa imperii tribunalia provocationibus rite æstimanda. Gies. 1778. recus. Wezlar 1790. 8.

(**) §. 114.

„sie ohne Schaden ihrer Nahrung keine zwanzig „Reichsthaler entbehren können, als welchen die Ap„pellation zu gestatten wäre".

Von der Summe bey jährlichen Renten schweigt diese Verordnung. Wie ist sie zu berechnen?

III.

Wenn man die im jüngsten Reichsabschiede (*) als Appellationssumme in Kapital zu 400 Rthlr., und in jährlichen Renten zu 16 Rthlr. angesetzte Summe gegen einander berechnet, so findet man, daß die jährlichen Renten als Interessen zu vier vom hundert angeschlagen wurden. Hr. Hagemann (**) hat den Grund dieser Entscheidung im römischen Rechte (***) gefunden, wo verordnet ist: „Si Reipublicæ in annos singulos legatum sit: cum de lege „falcidia quæratur, Marcellus putat, tantum videri „legatum, quantum sufficiat, sorti ad usuras trientes „(vier vom Hundert) ejus summæ, quæ Legata „est

(*) §. 112.

(**) Hagemann und Gunther Archiv für die theoret. u. pract. Rechtsgelehrs. (Braunschw. 1788. 8.) Th. 1. S. 225. u. ff.

(***) L. 3. §. 2. D. ad Legem falcid.

„est, colligendas.“ Also muß auch nach bambergischen Rechten die Appellationssumme bey jährlichen Renten gegen die Summe des Kapitals zu 50 fl. fränk. zu vier vom Hundert angeschlagen werden, wornach in der Regel 2 fl. fränk. jährlicher Renten zur Appellation erfodert werden, und nur bey Armen nach der Summe des Kapitals von 20 Rthlr. auch die Appellationssumme an jährlichen Renten auf 1 fl. 12 kr. rhn. oder 57$\frac{3}{5}$ kr. fränk. zu vermindern ist.

---

## XXXVIII.

## Was wird zur stillschweigenden Ertheilung einer Fristverlängerung erfodert?

(Zu Danz. § 463.)

### I.

Bey Nothfristen kömmt der Fall sehr häufig vor, daß die Partheyen um Verlängerung derselben bitten, und den Termin für verlängert ansehen, wenn er ihnen nicht ausdrücklich abgeschlagen wird. Richtig ist es zwar, daß der Richter einen Termin eben sogut stillschweigend, als ausdrücklich verlängern könne,

aber

aber bis man ihn für stillschweigend verlängert halten darf, ist noch mehr nothwendig; und bey Dicasterien, wo man nicht erwarten kann, daß über jede Vorstellung sogleich referirt werde, wo bald Turnus, bald Abwesenheit oder andere Geschäfte des Referenten den Vortrag hindern, ist es offenbar nothwendig, diese Erfodernisse genau auseinander zu setzen.

## II.

Weder das Fristgesuch allein, noch der Umstand, daß darauf vom Richter noch gar nichts verfügt wurde, können etwas dafür erwürken, daß das Fristgesuch für bewilligt angenommen werden darf; sondern es ist nothwendig, daß das Fristgesuch alle jene Erfodernisse in sich enthalte, ohne welchen der Richter eine Verlängerung ausdrücklich nicht ertheilen konnte; denn in den Würkungen und Erfodernissen kann eine ausdrückliche Verlängerung sich von einer stillschweigenden nicht unterscheiden; beyde sind nur in der Art der Ertheilung verschieden, und modus non variat rem. Ich will diese Grundsätze mit einem Rechtsfall erläutern.

III.

Nach einer bambergischen Verordnung vom Jahre 1780 ist der Beweistermin als terminus ipso jure peremtorius erklärt, und über Verlängerungen des Beweistermins verordnet, daß sie nicht anders, als auf ganz erhebliche und bescheinigte Ursachen, ertheilt werden sollen. Nun hatte ein Anwalt um Verlängerung des Beweistermins gebethen, weil sein Prinzipal mehrere Meilen von der Stadt entfernt wohne. Die Ursache war offenbar nicht erheblich, allein es konnte über das Gesuch erst nach einiger Zeit referirt werden, und immittelst war der Anwalt, welcher die gebethene Verlängerung für stillschweigend ertheilt annahm, mit Beweisartikeln aufgetreten. Indessen mußte auch itzt noch der Beweis für desert erklärt werden, weil bey dem Vortrag über die Beweisantretung die Beweisfrist zn erwägen, und falls sie versäumt wurde, der Beweis für desert zu erklären ist, folglich da die gesezlichen Erfodernisse dem Fristverlängerungsgesuche ganz mangelten, die gebethene Verlängerung weder ausdrücklich ertheilt, noch für stillschweigend verwilligt angesehen werden konnte.

# XXXIX.

## Berichtigung des Begriffs von der Litis- denunciation.

(Zu Danz §. 471.)

### I.

Litisdenunciation nennt Hr. Danz jene Handlung, wodurch der Beklagte seinem Auctor, der zu der Gewährleistung verbunden ist, von dem ihm erregten Rechtsstreite in der Absicht Nachricht ertheilt, daß er ihm Beystand leisten solle. Allein dieser Begriff scheint mir zu enge, folglich unrichtig zu seyn.

### II.

Wenn er 1) nur dem Beklagten das Recht der Litisdenunciation einräumt, so schränkt er den Begriff zu sehr ein; auch der Kläger kann sich derselben bedienen (*). Wie oft tritt wohl nicht bey Concursen der Fall ein, daß ein Gläubiger bey der Liquidation, wobey er offenbar als Kläger zu betrachten ist, dem Bürgen litem denuncirt? Ich bearbeitete bey der

(*) Trendelenburg seu resp. Studemund Diss. de litisdenuntiatione actoris. Bützow 1774.

der Facultät einen Fall, wo der Kläger erst bey der Replik litem denuncirte. Ein Bauer hatte ein paar Ochsen verkauft, und klagte auf die noch rückständige Hälfte des Preises gegen den Käufer. Dieser brachte im Exception satze die Einrede vor, daß einer der Ochsen mit einem wesentlichen Fehler behaftet gewesen sey; und nun konnte und mußte der Kläger in der Replik seinem Auctor litem denunciren.

## III.

Die Einschränkung der Litisdenunciation 2) auf Fälle der Gewährleistung macht den Begriff ebenfalls zu eng. Gewährleistung (præstatio evictionis) setzt einen Vertrag über eine Sache und die Verbindlichkeit voraus, zu machen, daß einer die ihm tradirte Sache als seine behalten darf. Hellfeld (*) drückt sich darüber bestimmt aus: „Qui obligatus est ad efficiendum, quo magis rem nobis traditam tanquam nostram habeamus, tenetur efficere, quo magis rem, tanquam nostram habeamus, aut si hoc fieri nequeat, ob evictionem ab altero factam præstet indemnitatem, seu id quod interest. In hoc fundamento nititur obligatio ad indemnitatem „præ-

(*) Nach der Schneydtischen Ausgabe §. 1433.

„præstandam." Deßhalb benennen die Gesetze besondere Verträge, bey welchen Gewährleistung eintritt, und zeichnen darunter Tausch, Theilung, Transact, Gebung an Zahlungsstatt, Heyrathsgut und besonders den Kaufcontract (*) aus. Dieses aber ist nur ein Fall, wo Litisdenunciation denkbar und nothwendig ist, welcher die andern so wenig ausschließt, daß vielmehr in allen Fällen, wo eine Regreßklage statt findet, also bey Bürgen, bey Regreßklagen gegen Obrigkeiten rc. die Litisdenunciation eintritt. (**)

## IV.

Richtiger wird also der Begriff der Litisdenunciation dahin bestimmt, daß sie eine Handlung ist, worin ein streitender Theil von einem Rechtsstreite jenem, der ihm zur Schadloshaltung verbunden ist, Nachricht giebt, zu dem Ende, daß er ihm bey dem Streite beystehe (***); und es kömmt hiebey weder auf

(*) L. 29. C. de evict. L. 14. C. famil. ercisc. L. 33. C. de transact. L. 4. C. de evict. L. 1. C. de Jure dot. L. 11. §. 1 & 2. D. de act. Emt. Vend.

(**) L. 10. §. 12. Mandati. L. 4. C. de pact. inter emt. & vend. L. ult. D. de Cond. Caus. 9. D. Locati.

(***) Claproth ordentl. bürger. Prozeß. Th. II. §. 461.

auf den Grund der Schadloshaltung noch auf die Person der streitenden Theile an. Sehr gut drückt sich Hellfeld (*) in den Worten aus: „Litis „denuntiatio est actus, quo quis de lite sibi mota „eum, contra quem regressum habet, certiorem „reddit, eo fine, ut assistentiam in lite præstet. „Litis igitur denuntiatio fit ei, contra quem amissa „lite regressus locum habet, & inde non in causa „evictionis solum, sed quoque in aliis causis, ex „quibus regressus datur, fieri potest, non tantum „a reo, sed etiam ab actore, cui regressus competit".

## XL.

## Von dem Subdelegirten kann nie an den Subdelegirenden appellirt werden.

(Zu Danz §. 491.)

### I.

Subdelegirte kommen ausschließend bey kaiserlichen Commissionen vor. Die Reichsgerichte erkennen die Commissionen auf die Reichsstände, und diesen

(*) Nach der Schneydt. Ausg, §. 1442.

diesen haben die Reichsgesetze das Recht ertheilt, ihre Räthe an ihrer Stelle zur Vollziehung des Austrags abzuordnen, oder zu subdelegiren. Bey diesen Subdelegirten können die Verordnungen des canonischen Rechts vom Judice delegato nicht in Anwendung kommen, ein Subdelegat ist nicht nach den Rechten eines delegirten Richters zu betrachten, denn er stellt seinen Subdeleganten vor, hat mit ihm nur eine Gerichtsbarkeit, und seine Gewalt muß, wenn denn doch Formeln der fremden Rechte gebraucht werden sollen, als ein Jurisdictio mandata, wie wir sie im römischen Rechte finden, bemessen werden.

## II.

Aus diesem Grunde kann von dem Subdelegaten nicht an den Deleganten, sondern nur an den committirenden Gerichtshof appellirt werden; ein Satz, den die Erfahrung bey allen kaiserlichen Commissionen täglich bestärkt, nnd dem auch Hr. Danz (*) wenigstens als Regel beyzupflichten scheint, indem er nur in dem Fall, also Ausnahmsweise, eine Appellation an den Subdelegirenden verstattet, wenn dieser dem Subdelegaten nur die Besorgung einer ein-



(*) §. 491.

zelnen Handlung, nicht aber die ganze ihm anvertraute Gerichtsbarkeit aufgetragen hat.

III.

Allein auch diese Ausnahme läßt sich durch keinen Grund hinreichend rechtfertigen. Ein Subdelegatus hat nur eine mandirte Gerichtsbarkeit, er macht mit seinem Deleganten immer nur eine Person, wie jeder Mandatar mit dem Mandanten, aus, nie kann also an den Subdeleganten eine Appellation statt finden, es mag nun die ganze Gewalt, oder ein Theil derselben dem Subdelegaten übertragen seyn. Denn was vom Ganzen gilt, muß doch wohl auch von seinen Theilen Rechtens seyn.

## XLI.

### Anmerkungen über den Satz, daß im unbestimmten summarischen Prozesse Bescheinigungen an die Stelle des Beweises treten.

(Zu Danz sum. Pr. §. 7.)

I.

Unter die Eigenheiten des unbestimmten summarischen Prozesses, wodurch er sich vom ordentlichen

lichen Prozesse auszeichnet, rechnen die Praktiker gewöhnlich den Beweis, indem bey dieser Prozeßgattung an die Stelle des feyerlichen Beweises eine blose Bescheinigung eintreten und dem Richter die Macht zustehen soll, mit Beyseitsetzung aller Förmlichkeiten theils durch mündliche Verhöre der Partheyen, theils durch andere schickliche Mittel die Wahrheit zu erforschen. Eine Meynung, der auch Danz (*) beypflichtet, und für welche er ein ganzes Heer von Rechtsgelehrten als Gewährsmännern aufführt.

Allein man darf nur tiefer in die Lehre von Bescheinigungen eindringen, um sich zu überzeugen, daß diese Regel in ihrer Allgemeinheit schwankend und eine nähere Bestimmung derselben nothwendig ist, um bey der Anwendung nicht in die größten Irrthümer zu verfallen.

## II.

Jenen Beweis, bey welchem nebst den wesentlichen Regeln der Beweisführung auch die gesetzlichen

(*) summar. Proz. §. 7.

chen Förmlichkeiten beobachtet werden, nennt man Beweis im strengen Verstande (probatio solennis); wenn hingegen nur die wesentlichen Regeln der Beweisführung beobachtet, die gesetzlichen Förmlichkeiten aber hintangesetzt werden, so nennt man es Bescheinigung (demonstratio, probatio minus solennis) (*). Die letztere hat Grade; es gibt unbeeydigte Aussagen der Zeugen, Abschriften — auch diese genügen als Bescheinigungen in einigen Arten der bestimmten summarischen Prozesse; wie leicht könnte man zur Idee verleitet werden, daß sie, als Bescheinigungen, auch bey dem unbestimmten summarischen Prozesse hinreichend sind!

## III.

Selbst das canonische Recht in der Stelle, auf welche man sich größtentheils zur Bestärkung der angeführten Regel beruft (**), ist mehr wider, als für dieselbe. Es erlaubt zwar dem Richter bey einer summarischen Verhandlung, daß er keinen förmlichen Libell und keine förmliche Kriegsbefestigung fode-

(*) Danz ord. Pr. §. 244.

(**) Clem. 2. de V. S.

fodere, die Fristen abkürze, u. d. aber es macht ihm die wichtige Beschränkung: „Non sic tamen judex litem abbreviet quin probationes necessariae et defensiones legitimae admittantur“. Auf die Eigenschaften des Beweises und auf rechtmäßige Vertheidigungen soll also der summarische Prozeß nichts würken, die nöthigen Beweise, nicht jede Bescheinigung, soll vorhanden seyn; in der Allgemeinheit hat also die angeführte Regel den Beyfall der Gesetze nicht.

IV.

Vielmehr ist dieser gesetzlichen Stelle und der Natur des summarischen Prozesses folgende genauere Bestimmung angemessen: Die wesentlichen Stücke des Beweises und der Beweisführung müssen auch bey dem unbestimmten summarischen Prozesse beobachtet werden, nur von den unwesentlichen Förmlichkeiten der Beweisführung mehr oder minder abzugehen, ist dem Richter erlaubt. Wesentliche Stücke müssen beybehalten werden, sowohl am Beweise, als der Beweisführung. — Wir wollen sehen, wieviel bey dieser Regel in der Anwendung gewonnen ist.

V.

I. Der Beweistermin muß auch im unbestimmten summarischen Prozesse eingehalten werden, und wo derselbe überhaupt ipso jure peremtorisch ist, da bleibt ihm diese Eigenschaft auch im unbestimmten summarischen Prozesse. Nothfristen darf man nie unter die unwesentlichen Förmlichkeiten rechnen, und den Beweistermin am wenigsten, der mit dem Endzwecke des unbestimmten summarischen Prozesses, Beschleunigung der Sache, so ganz übereinstimmt.

VI.

II. Einreden gegen die Zuläßigkeit des Beweises so, wie er angetreten wurde, sind Vertheidigungsmittel, welche nach der oben (§. 3.) angeführten Stelle des canonischen Rechts den Partheyen ntcht entzogen werden dürfen; denn wenn niemand den Satz aufstellen wird, daß Privaturkunden ohne Recognition, oder unfähige Zeugen einen Beweis im unbestimmten summarischen Prozesse liefern, so darf auch den streitenden Theilen die Befugniß nicht entzogen werden, in dieser Hinsicht durch Einreden gegen die Zuläßigkeit des Beweises, z. B. excep-

tio

tio documenti indiscreti, exceptio testis inhabilis ihre Rechte zu vertheidigen.

## VII.

III. Eben deßhalb rechne ich unter die nicht zu umgehenden Förmlichkeiten der Beweisführung, daß wenn der Beweis angetreten ist, hievon dem Gegentheil Nachricht ertheilt, und ein Termin zur Vollführung des Beweises anberaumt, somit Antretung und Vollführung des Beweises voneinander gesöndert werden. Denn ohne daß dem Producten von der Beweisantretung Nachricht gegeben ist, kann er seine Rechte nicht vertheidigen, sie ist also auch im summarischen Prozesse als das einzige Mittel zu einem Zwecke, worauf der Product ein volles Recht hat (§. 6.), nicht zu übergehen.

## VIII.

IV. Die Fertigung des Zeugenrotels und die Ausführung über geführten Beweis (Impugnations- und Salvationsschrift) ist zwar im allgemeinen nicht nothwendig; sollten aber von den Producten Einreden gegen die Glaubwürdigkeit der Zeugen vorgebracht und auf Abhörung der Zeugen salvis excep-

tionibus erkannt worden seyn, so muß dem Producten überlassen werden, nach abgehörten Zeugen diese Einreden auszuführen; denn sie gehören unter die legitimen Vertheidigungen, welche der Richter nicht abschneiden darf (§. 3.).

IX.

V. Die Regel, daß in bürgerlichen Sachen der Richter, ohne aufgefordert zu seyn, nicht handelt, dauert auch im unbestimmten summarischen Prozesse bey dem Beweise fort, und ihm steht das Recht nicht zu, durch irgends gewählte Mittel die Wahrheit zu erforschen. Auch hier bleibt die Aufsuchung der Beweismittel Sache der Partheyen, und der Richter darf, den Augenschein abgerechnet, welchen er auch im ordentlichen Prozesse ex officio verfügen kann, kein Beweismittel von Amtswegen einschlagen, keinen Zeugen von Amtswegen abhören, der ihm nicht von den Partheyen als Mittel des Beweises oder Gegenbeweises benannt wurde.

X.

VI. In der Lehre vom vollkommenen und unvollkommenen Beweise, und dem Erfüllungs- oder

Rei-

Reinigungseyde ist zwischen dem ordentlichen und unbestimmten summarischen Prozesse kein Unterschied, weil die Gesetze bey einem Urtheil als wesentlich voraussetzen, daß der Richter sein Urtheil auf den gesetzlichen Grad juristischer Wahrheit baue. Eben daher bleiben die Grundsätze über die Beweiskraft der Urkunden, Zeugen u. d. auch bey dem summarischen unbestimmten Prozesse ganz so, wie sie nach der Rechtstheorie in ordentlichen Prozesse eintreten; Auch hier beweisen daher keine Abschriften, keine Privatdocumente ohne Recognition, keine unbeeydigte, unfähige, oder verdächtige Zeugen; auch hier finden die Einreden gegen die Urkunden oder Zeugen, die Mittel, die eydliche Ableugnung der Urkunden abzuwenden, statt; auch hier werden zwey glaubwürdige Zeugen zu einem vollen Beweise erfodert u. s. w.

---

XLII.

## XLII.

## Rechtfertigung der Eintheilung des Concurses in den allgemeinen und besondern gegen die Einwürfe des Hrn. Prof. Dabelow.

(Zu Danz summ. Pr. §. 120.)

### I.

In allen Lehrbüchern und practischen Werken findet man die Eintheilung des Concurses in den allgemeinen und besonderen aufgenommen. Man sieht nämlich einen Concurs der Gläubiger als ein Judicium Universale an, weil er das gesammte Vermögen des Ganthierers angeht, es mag liegen, wo es will, und weil alle Foderungen gegen den Ganthierer bey diesem allgemeinen Forum angebracht werden müssen; man zählt aber auch Ausnahmsweise einige Fälle auf, wo ein Concurs weder auf das gesammte Vermögen, noch auf alle Gläubiger eines Menschen sich erstreckt, sondern auf einen Theil seiner Güter und Gläubiger eingeschränkt ist; der erste wird ein allgemeiner, der letztere ein besonderer (Particularconcurs) genannt.

II.

II.

Gewöhnlich zählt man besondere Fälle auf, in welchen ein Particularconcurs statt findet, nämlich 1) wenn ein Kaufmann an verschiedenen Handelsplätzen besondere Läden, oder am nämlichen Orte verschiedene Handlungen getrieben, und in Ansehung dieser verschiedene Schulden contrahirt hat (*); 2) bey Gläubigern eines filiusfamilias, welche mit ihm in Rücksicht auf das peculium militare contrahirt haben (**); 3) bey Gläubigern, welche aus Lehen (feudis) etwas zu fodern haben; ein Fall, der auch bey Stammgütern eintreten kann. 4) Auch die Gläubiger eines Erblassers sind nicht schuldig, sich in das Vermögen des Erben einzulassen, sondern sie können ihre Befriedigung aus dem Vermögen des ersten verlangen (***). Allein es ist nothwendig, diese einzelnen Fälle auf einen allgemeinen Grundsatz zurückzuführen, der alle diese Fälle umfaßt, und einen allgemeinen Maasstab abgibt, nach welchem die Rechtmäßigkeit des Particularconcurses in vorkommenden Fällen bestimmt werden kann.

III.

(*) L. 5, §. 15. 16. de tribut. act.
(**) L. 7. De pecul. castrensi. L. 9. de separat.
(***) L. 1. §. 6. L. 5. de separat.

## III.

Die im vorhergehenden Paragraph ausgezeichneten Fälle kommen darin überein, daß 1) das Vermögen, welches den Gegenstand eines Particularconcurses ausmachen soll, eine besondere Masse, ein eigenes Gütercorpus (universitas) ist, welches als eine besondere Substanz vom ganzen Vermögen getrennt werden kann; 2) daß Gläubiger mit einer solchen Gütermasse in einem besondern Verhältniß stehen, daher eine eigene Gemeinschaft der Gläubiger bilden, welche mit den übrigen Gläubigern eines Gemeinschuldners nicht in Gemeinschaft sich befinden, deshalb 3) darauf anzutragen berechtigt sind, daß diese Güter vom übrigen Vermögen gesöndert, und besonders unter die besondern Gläubiger vertheilt werden. — Nur also da, wo Separation statt findet, kann der Particularconcurs eintreten, und es ist leicht, die oben aufgezählten einzelnen Fälle auf diesen Grundsatz zurückzuführen, der diese Fälle in sich vereinigt.

## IV.

Sehr wichtig sind die Folgen, wodurch sich der Particularconcurs vom allgemeinen auszeichnet, ich

will

will besonders jene näher erwägen, welche Danz (*) mit Stillschweigen übergangen hat. 1) Der allgemeine Concurs kann nur vom Richter des Wohnorts verhängt werden, und die dabey vorkommenden Streitigkeiten müssen nach den Gesetzen des Landes beurtheilt werden, wo der Concursrichter sich befindet; allein bey einem Particularconcurse ist jener Richter, unter dessen Gerichtszwang sich das zuseparirende Gütercorpus befindet, zuständig, daher kommen auch die dort statt findenden Gesetze in Anwendung. — Wenn nun zwischen den Gesetzen des Wohnorts und jenen, wo die besondern Güter liegen, eine Verschiedenheit herrscht, wenn z. B. in einem dieser Gerichte der sächsische Arrest gilt, in andern nicht, wer kann es verkennen, daß ausserordentlich viel vom Unterschied zwischen allgemeinen und besondern Concurse abhängt? — 2) Die Gläubiger eines besondern Concurses befinden sich nicht mit allen Gläubigern des Gemeinschuldners in Gemeinschaft, sondern sie bilden unter sich eine besondere, von jener unabhängige Gemeinschaft; folglich haben Nachlaßverträge der Gläubiger des allge-

mei-

(*) §. 122.

meinen Concurses auf die Gläubiger eines Particularconcurses, und umgekehrt keinen Einfluß, jede Gemeinschaft handelt hier unabhängig von der andern. — 3) Sehr viel kann einem Gläubiger daran liegen, daß er seine Befriedigung aus einem Particularconcurse sucht; wenn bey dem allgemeinen Concurse sich viele ältere hypothekarische Gläubiger befinden, so könnte ein Gläubiger, der bey dem Particularconcurse eine der ältesten Hypotheken hat, und ohne Zweifel befriediget wird, gar leicht seine Foderung verliehren, wenn er den ältern hypothekarischen Gläubigern bey dem allgemeinen Concurse nachstehen müßte!

V.

Viel zu gefährlich ist es daher, eine Eintheilung, die an practischen Folgen so fruchtbar, und in den Lehrbüchern allgemein angenommen ist, ganz zu verwerfen, und ich kann mich keineswegs zu der Meynung des Hrn. Dabelow (*) bekennen, welcher

(*) Versuch einer ausführlichen Erläuterung der Lehre vom Concurs der Gläubiger. Halle Th. I. (1792. 8.) §. 12. S. 35.

cher behauptet, diese Eintheilung könne mit den logischen Grundsätzen von der Eintheilung durchaus nicht bestehen, man müsse also bey dem allgemeinen Begriffe von Concurs stehen bleiben, und jenes, was man unter dem Namen eines besondern Concurses begreift, als Ereignisse ansehen, welche beym Concurse vorkommen.

## VI.

Wenn man auch Eintheilungen verwerfen soll, welche unphilosophisch sind, und dazu dienen, eine deutliche Sache undeutlich zu machen, die Begriffe zu verwirren, und die Anwendung rechtlicher Wahrheiten zu erschweren, die bey dem natürlichsten Gange immer am leichtesten geräth, so trifft dennoch dieser Vorwurf die Eintheilung des Concurses in den allgemeinen und besondern keineswegs. Die Gemeinschaft unter den Gläubigern, die daraus fließenden Rechte bey Nachlaßverträgen, bey Administration der Masse, das Vorzugsrecht unter den Gläubigern sind die von einem Concurs untrennbare Folgen; wenn man nun den Satz, daß in allen Hinsichten die Gläubiger eines Particularconcurses von den übrigen Gläubigern ganz abgesöndert sind, mit allen

sei-

seinen Folgen auf einmal darstellen, wenn man alle rechtliche Verhältnisse einem Ueberblicke vorlegen will, so kann es nicht bequemer, als durch die Idee eines Particularconcurses geschehen. Keineswegs wird daher durch diese Darstellungsart eine deutliche Sache undeutlich gemacht, zu Verwirrungen der Begriffe Anlaß gegeben, oder die Anwendung rechtlicher Wahrheiten erschweret.

## VII.

Die Natur der Sache erklärt das Geschäft in den oben (§. II.) aufgezählten Fällen für einen Concurs, und zwar für einen Particularconcurs. Wir finden hier eine Masse, welche unter die Gläubiger zu vertheilen ist, wir finden eine besondere Gemeinschaft dieser Gläubiger, ein besonders Verfahren über die Richtigkeit und das Vorzugsrecht ihrer Foderungen, ein besonderes Locationsurtheil, mit einem Worte, wir finden bey einem Theile des Vermögens und der Gläubiger alles, was bey einem Concurse vorkömmt, wir finden also einen Concurs über einen Theil des Vemögens, was soll uns verbiethen, es einen Concurs, uud zwar ei- Particularconcurs zu nennen, und hiernach die

Grund-

Grundsätze vom Concurs nach den Eigenheiten dieses Falls in Anwendung zu bringen?

VIII.

Nicht leicht wird man sichs denken können, daß eine so plane Eintheilung allen logischen Grundsätzen von Abtheilung widerstrebe. Ein Concurs setzt zwar voraus, daß das ganze Vermögen eines Schuldners, soweit sich die Gläubiger daran halten können, zu ihrer Befriedigung nicht hinreicht (*), und ich will zugeben, daß ein Concurs jenen Zustand des Vermögens eines Schuldners bezeichne, aus welchem mehrere Gläubiger von verschiedenen Foderungen ihre Befriedigung gerichtlich nachsuchen, welche zu gewähren, selbiges aber nicht hinreichend ist. — Demungeachtet bleibt die Eintheilung logisch richtig, daß hiebey entweder nur ein ganz besonderer Theil des Vermögens und der Gläubiger betroffen werde, oder daß dieser Zustand das gesammte Vermögen ohne Sönderung betreffe; oder mit andern Worten: wenn die Gesetze verstatten, daß eine Separation der Güter ge-

(*) So drückt sich Dabelow a. a. O. S. 35. aus.

geschehe, wenn sie bestimmen, daß diese Güter eine eigene Masse ausmachen, daß die dahin gehörigen Gläubiger eine besondere Gemeinschaft bilden, einen besondern Streit über das Vorzugsrecht anstellen, ein besonderes Locationserkenntniß abwarten, und aus dem besondern Vermögen ihre Befriedigung erhalten sollen, so nehmen sie neben dem Concurs über das gesammte Vermögen eines Schuldners noch einen Concurs über einen besondern Theil des Vermögens an, sie erkennen die Rechtmäßigkeit zweyer Concurse, deren einer ein allgemeiner, der andere ein besonderer ist, und die juristisch richtige Eintheilung des Concurses in den allgemeinen und besondern muß auch logisch richtig seyn.

## IX.

Vielleicht überzeugt man sich von dem Trugschluß des Hrn. Dabelow, wenn man den Begriff eines Concurses, als Rechtsstreit betrachtet, angiebt; denn so wie die nämlichen Bestimmungen in den Begriffen liegen, man mag das Pignus als Contract, als Gegenstand, oder als das dem Creditor zustehende Recht betrachten, eben so muß die-

ses auch bey dem Concurse nach den verschiedenen Ansichten eintreten.

Als Rechtsstreit betrachtet, ist der Concurs nach Hellfeldt (*) judicium quo plures creditores diversi solutionem urgent & ob bonorum insufficientiam super prioritate inter se certant. Hier sind nun zwey Fälle möglich, entweder sind Güter vorhanden, welche als eine besondere Masse unter besondere Creditoren zu vertheilen sind, oder nicht. Im ersten Fall coexistirt dem allgemeinen Concurse ein besonderer. Der Begriff des allgemeinen Concurses hebt also den besondern nicht auf, und die Eintheilung des Concurses in den allgemeinen und besondern muß beybehalten werden, da sie in der Natur der Sache und in den Gesetzen gegründet, an praktischen Folgen sehr fruchtbar, für die Lehrmethode bequem und mit den logischen Grundsätzen von Eintheilung ganz übereinstimmend ist.

XLIII.

(*) Jurispr. forens. §. 1812.

# XLIII.

## Dadurch, daß die Güter des Gemeinschuldners in verschiedenen Ländern liegen, wird ein Particularconcurs nicht gegründet. Erläutert durch ein Reichshofrathsconclusum vom 23. May 1789.

(Zu Danz summar. Proz. § 121.)

### I.

Ueber die Frage, ob ein Particularconcurs dadurch begründet wird, wenn die Güter des Gemeinschuldners in verschiedenen Gebiethen, über welche verschiedene Landesherrn herrschen, gelegen sind, sind die Meynungen der Rechtslehrer sehr getheilt (*). Allgemeine Rechtssätze von Particularconcursen, welche in der vorhergehenden Abhandlung näher erwogen wurden, sprechen wider die bejahende Meynung. Wenn auch die Güter unter verschiedenen Landesherrn liegen, so machen sie dennoch kein besonderes Gütercorpus, keine uni-

(*) Die Litteratur liefert Danz am ang. O. vollständig.

universitas bonorum aus, es läßt sich bey ihnen nach den in Deutschland geltenden gemeinen Rechten keine separatio bonorum denken, es existirt keine besondere Gemeinschaft der Gläubiger, folglich müssen nach dem Grundsatz, daß der Gerichtsstand aus der Person des Beklagten zu beurtheilen ist, an das Concursgericht als forum universale die Gläubiger verwiesen, und die Güter des Gemeinschuldners entweder in der Natur, oder vermittelst des erlößten Geldes überschickt werden. Hier wird der wohlthätige und nur zu oft vernachläßigte Satz wirksam, daß die verschiedenen deutschen Länder, ungeachtet sie einer besondern obersten Gewalt unterworfen sind, doch noch immer als Glieder eines Staatskörpers betrachtet werden müssen.

## II.

Indessen liegt es ausser meiner Absicht, alle Gründe für und wider die Zuläßigkeit eines Particularconcurses hier zu wiederhohlen, welche schon in ältern Schriften, besonders bey Schöpf vollkommen gegeneinander abgewogen wurden.

Statt aller Ausführung berufe ich mich auf mehrere Reichshofrathsconcluse, in welchen der K. Reichshofrath mit unwandelbarer Festigkeit die Particularconcurse, welche dadurch begründet werden sollten, daß die Güter des Gemeinschuldners in verschiedenen Ländern liegen, verworfen hat; so erkannte der R.H.R. am 13. Febr. 1787. in Betreff des Adelsheim Sennfelder Debitwesens, unter allen aber ist das leztere vom 23. May. 1789. um da merkwürdiger, als dasselbe auf Bericht und Gegenbericht, worin beyde Theile nach den von mir eingesehenen Akten alles vorbrachten, was sich für oder wider Particularconcurse sagen läßt, somit nach vollständiger Erörterung aller Rechtsgründe erlassen, und der Particularconcurs bey dem von mir behandelten Falle verworfen wurde.

## III.

Der Gemeinschuldner hatte viele Jahre lang Handel mit Holländer Floßholz getrieben. In verschiedenen deutschen Ländern lag von seinem Holz, dagegen hatten auch verschiedene Unterthanen Fo-

derungen an den Gemeinschuldner. Manche Landesherrn wollten das in ihren Landen liegende Holz als eine besondere Masse ansehen, darüber unter ihren Unterthanen einen Particularconcurs formiren, und den Ueberschuß an das Forum des Wohnorts als forum Concursus universale schicken. Das Concursgericht ließ gegen diese intentirten Particularconcurse durch den Curator der Concursmasse Beschwerde führen, und hierauf erfolgte nachstehendes reichshofräthliches Conclusum.

Sabbathi 23. May 1789.

Brückner als Curator der Schwendlerischen Concursmasse Ctra die fürstlich wirzburgische Regierung, appellationis, puncto nulliter excitati concursus particularis.

Absolvitur relatio et conclusum.

Decernuntur nunc quidem pleni appellationis processus, sed suspensa eorum expeditione rescribatur cum inclusione reinformatorialium der fürstl. wirzb. Regierung: die in dem wirzburger Lande noch liegenden Schwendlerischen Holländer Hölzer und Ge-

schirr

schirr oder den Kaufschilling der bereits verkauften sammt Schaden und Kostenersatz an das Amt Trabelsdorf als forum concursus verabfolgen zu lassen, auch jene wirzburgische Unterthanen, die an die Schwendlerische Concursmasse eine Foderung zu haben vermeynen, gleichfalls an besagtes Amt zu verweisen, und wie es geschehen, in termino 2. mens. bey kaiserlicher Majestät anzuzeigen.

## VI.

Diese ganz übereinstimmende Präjudicien eines der höchsten Reichstribunale beweisen meinen Satz vollkommen. Zuweilen werden diese Rechtsgrundsätze durch Verträge mit Nachbarn zu allem Ueberflusse festgesetzt, und dies ist insoferne nützlich, als man dadurch unnöthigen Streitigkeiten vorbeugt, in welche man öfters über unbestrittene Rechtswahrheiten verflochten wird. Das neueste Beyspiel kam mir vor, während diese Abhandlungen schon in der Presse waren, ich will deßhalb meinen Lesern dasselbe zur Bestärkung meiner Meynung ebenfalls vollständig liefern:

### Generale.

Nachdem die hochfürstliche Regierung zu Würzburg in einem an die auch hochfürstliche Regierung da-

hier

hier unterm 23. October v. J. erlassenen Schreiben unter ander erklärt hat, daß Sie das in Deutschland übliche Herkommen und den von den höchsten Reichsgerichten beliebten Gerichtsgebrauch, vermöge dessen die Eröffnung eines Concurses ein forum universale begründe, vorzüglich gegen das fürstliche Hochstift Bamberg durchgehends anerkennen und gelten lassen wolle, wenn auch diesseits in allen künftigen Fällen das Reciprocum wollte beobachtet werden: bemeldte Regierung auch nach der derselben hierauf diesseits geschehenen vollen Zusicherung nicht nur sogleich eine reelle Probe ihres gemachten Erbiethens gegeben, sondern auch mittelst weitern Schreibens vom 20. vorigen Monats und Jahrs noch eröffnet hat, daß Sie schon wirklich allen Beamten des fürstlichen Hochstiftes Würzburg den Befehl ertheilt habe, bey jedem in Zukunft vorkommenden Falle auf ersagte Weise zu handeln, und nie einen Particularconcurs zu formiren, sondern alle an einen in die Vergantung verfallenen Bambergischen Unterthan gemacht werdende Forderungen an das forum concursus universale zu verweisen; als wird solches sämmtlichen Vogteystellen des fürstlichen Hochstifts

Bamberg hiemit bekannt gemacht und zugleich verordnet, daß das Reciprocum auf das genaueste beobachtet, mithin gegen keinen fürstlich Würzburgischen Unterthan, der in Vergantung künftig verfällt, oder etwa schon verfallen ist, in diesseitigen fürstlichen Landen ein Particularconcurs formirt, sondern jeder hiesige Gläubiger, der an demselben Forderung zu machen vermeynt, an das Würzburgische forum concursus universale verwiesen werden soll. Decretum Bamberg den 10. Januar 1799.

(Ex Consilio aulico.)

## XLIV.

## Der richtige Begriff eines Depositums auf den Richter als Güterpfleger bey einem Concurse angewandt.

(Zu Danz summar. Proz. §. 129.)

### I.

Schon in einer meiner ältern Schriften (*) hab ich durch einen sehr merkwürdigen Rechtsfall gezeigt, daß nicht jede Hinterlegung das Geschäft zu einem

(*) Grundsätze der juristischen Praxis. (Bamb.) 1798. 8.) §. 313. Seite 250.

einem Depositum qualificirt, sondern daß zu diesem Contracte absolut nothwendig ist, daß die Sache blos zur Aufbewahrung (solius custodiæ causa) übergeben sey; der dort angeführte Rechtsfall kann schon beweisen, wieviel an einem richtigen Begriffe des Depositums gelegen ist, aber noch weit fruchtbarer ist er in der Lehre vom Concurs der Gläubiger bey dem Güterpfleger oder dem Richter, der zugleich das Amt des Güterpflegers verwaltet.

II.

Bey einem Concurse ist das Vermögen des Gemeinschuldners bis zum Ausgang des Concurses zu verwalten; die hiezu aufgestellte Person (Güterpfleger) hat im allgemeinen die Rechte und Pflichten eines Curators für Minderjährige, er sorgt 1) für Verfertigung eines Güterverzeichnisses, 2) für Verwaltung des Vermögens zum Besten der Creditoren nach den Pflichten eines guten Hausvaters, 3) für Berichtigung der Masse, 4) für Veräusserung der Güter — insbesondere muß er die Grundstücke durch Verpachtung, Vermiethung oder eigene Benutzung und

die vorräthigen Gelder durch Verborgung auf Zinsen zum Besten der Masse administriren (*).

## III.

Im Fall, daß das Vermögen des Gemeinschuldners nicht bedeutend und die Administration desselben nicht mühsam ist, fällt die Bestellung eines Güterpflegers von selbst hinweg (**), und der Concursrichter vereinigt in sich das Amt des Güterpflegers. Selbst das bambergische Landrecht, welches von dem Curator im vorhergehenden Paragraph handelte, verordnet (***), daß des Richters Amt sey, „die eingehende Gelder, wenn die Verendschaft des Concurses von längerer Dauer anscheinete, inzwischen sicher, auch wo es allenfalls „nicht anderst geschehen könnte, gegen geringere Interessen auszuleihen, wozu jeder Gläubiger bequemen

Ort

(*) Danz §. 130. 134.

(**) L. 1. §. 1. D. de curatore bonis dando. Leyser Spec. 491. med. 1. 2.

(***) S. 365. §. 4.

„Ort und Gelegenheit an Handen geben kann". Wenn daher der Richter, nach dem doppelten Verhältniß der Personen, als Güterpfleger die zur Concursmasse gehörigen Gelder gegen hinreichende Sicherheit verzinslich anlegt, so können die Grundsätze von den Pflichten des Richters in Hinsicht auf gerichtliche Depositen, ohne sich einer Ignoranz des juristischen Begriffs von einem Depositum schuldig zu machen, nicht in Anwendung gebracht werden; denn bey einem Concurse, der von längerer Dauer zu seyn scheint, wird dem Richter das Geld nicht blos zur Aufbewahrung (solius custodiæ causa) sondern zur verzinslichen Anlegung übergeben, er handelt also nicht als Depositar, sondern als Güterpfleger, und diese Eigenschaft ist der einzige Maßstab, nach welchem die Verhältnisse des Richters gegen die Masse bestimmt werden müssen, wobey die Analogie von Vormundschaften in Entscheidung einzelner Fälle am sichersten leitet.

## VI.

Wie sehr würde sich nicht der Richter verantwortlich machen, wenn er bey einem Concurse, der von län=

Staatsbibliothek

längerer Dauer zu seyn scheint, an dem falschen Begriffe eines Depositums haften, und das Geld unfruchtbar liegen lassen wollte! Man hat Beyspiele, daß Concurse 40 Jahre dauern, hier muß die Masse wenigstens sich zweyfach vermehrt haben, und ein Richter könnte, wenn er das Geld verzinslich nicht angelegt hätte, durch eine gegründete Regreßklage zum Ersatz des der Masse verursachten Schadens angehalten, und hierdurch zu seinem empfindlichen Schaden über den wahren Begriff eines Depositums, freylich zu spät, belehrt werden.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Gönner, Nikolaus Thaddäus,

Juristische Abhandlungen

Bd.: 2

Bamberg (1799)

Bibl.Mont. 4397-1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10724915-7
VD18 80343546-001